الوجيز
فى
أحكام الإلتزام المدنى

تأليف
دكتور
سعيد سعد عبدالسلام
أستاذ القانون المدنى
وكيل كلية الحقوق - جامعة المنوفية
رئيس محكمة سابقاً
محامى بالنقض والدستورية العليا

الفهرس

"بسم الله الرحمن الرحيم"

تمهيد

التنظيم التشريعي:

وردت أحكام الإلتزام المدني في الباب الثاني من التقنين المدني المصري الجديد وذلك ابتداء من المادة ١٩٩ حتى ٣٨٨ مدني . ووضع المشرع مقدمة لذلك هي : -

الالتزام الطبيعي ثم بدأ الفصل الأول بالتنفيذ العيني . والفصل الثاني للتنفيذ بطريق التعويض . الفصل الثالث بوسائل المحافظة على الضمان العام . ثم تتناول في الباب الثالث أوصاف الالتزام وهي الشروط والأجل . ثم تعدد محل الالتزام " الالتزام التخييري والبدلي " وتعدد طرفي الالتزام " التضامن وعدم القابلية للانقسام " . ثم تناول في الباب الرابع انتقال الالتزام من حيث حوالة الحق والدين وانهى معالجة أحكام الالتزام بانقضاء الالتزام سواء كان بالطريق الطبيعي وهو الوفاء أو بما يعادل الوفاء أو بما يعادل الوفاء أو دون الوفاء . وتحتل نظرية الالتزام أهمية كبرى ليس في نطاث القانون المدني فقط بل وفي فروع القانون الخاص .

ويرجع ذلك إلى أنها تحتوي على قواعد عامة ومجردة [1]. ولما

---

(١) راجع د/ مصطفى الجمال ، أحكام الالتزام عام ١٩٨٩ .

كانت الدراسة تنصب على آثار الالتزام أى مايترتب على نشأة الالتزام صحيحا ومنتجا لآثاره فإننا نتبع الخطة التشريعية التى بدأها المشرع فى نصوص التقنين المدنى الجديد على النحو الذى سلف بيانه . ولكن يعنى لنا قبل الدخول فى هذه الدراسة التفصيلية لنظرية الالتزام أن نعرض فى مجاله سريعة لماهية الالتزام بوجه عام . بأنه رابطة بين شخصين أو أكثر أحدهما دائن والآخر مدين . ومن مقتضاها مايقع على عاتق المدين واجب قانونى يأداء ايجابى أو بامتناع عت آداء . والمدين مسئول عن تنفيذ هذا الالتزام فى ذمته الماليه قبل الدائن[١]. ومن هذا التعريف يظهر أن الالتزام له خصائص ثلاثة أولها أن الالتزام ارتباط قانونى . وثانيها أن هذا الأرتباط له طبيعة مالية . وثالثها أنه ارتباط شخص فى مواجهة شخص آخر .

ونظراً لأننا لسنا فى مقام تأصيل لنظرية الإلتزام فأن اشارتنا تكون فى مجاله سريعة لايضاع الماهية قبل معالجة هذه الأحكام وقد قسم بعض الفقهاء الالتزامات إلى قسمين : أولهما الالتزام الشخصى والعينى . وثانيهما الالتزام الطبيعى والالتزام المدنى [٢]. ومن هنا تأتى الضرورة ملحه إلى وضع خطة لدراسة الأحكام العامه للالتزام . وذلك طبقا لما صاغه المشرع فى المواد من ١٩٩ - ٣٨٨ من القانون المدنى المصرى .

(١) راجع د/ حمى عبد الرحمن ، نظرية العقد ، عام ١٩٩٢ .
(٢) راجع د/ أحمد سلامة ، مذمرات فى نظرية الالتزام عام ١٩٨٨ .

وسوف تأتى دراستنا على النحو التالى :

الباب التمهيدى : أنواع الالتزامات

الباب الأول : تنفيذ الالتزام وضماناته

الباب الثاني : أوصاف الالتزام

الباب الثالث : انتقال الالتزام

الباب الرابع : انقضاء الالتزام

الباب التمهيدى

أنــــواع الالتزامات

تمهيد :

قسم الفقه الالتزامات إلى قسمين : الالتزام الشخصى والعينى ، وذلك بالنظر إلى مدى ارتباطها بشخص المدين فيها ومن حيث مسئوليته عنها . والالتزام الطبيعى والمدنى وذلك من حيث مدى قابليتها للتنفيذ .

١ - الالتزام الشخصى والعينى :

يقصد بالالتزام الشخصى أى التزام المدين باعتبار أن مصدره قد توافر فى جانبه شخصيا وتمتد المسئولية عنها إلى جميع أمواله . بحيث يستطيع الدائن أن يتخير أيا منها للتنفيذ عليه عند حلول أجل الوفاء . وأما الالتزام العينى فهو يجب علي المدين ليس بصفته الشخصية ، وإنما بصفته صاحب حق عينى تتعلق به هذه الالتزامات وتنحصر المسئولية عنها فى العين محل هذا الحق . دون باقى أموال المدين . ومن أمثلة ذلك : التزام الشريك بدفع نفقات صيانة الحائط المشترك . فهو هنا يلتزم بصفته شريكا فى الحائط وليس بالصفة الشخصية . وكذلك التزام كل مالك من ملاك الطبقات أن يشترك فى تكاليف حفظ

الأجزاء المشتركة . فهنا يقع الالتزام بالاشتراك في التكاليف على المدين باعتباره مالكا لطبقته وليس بصفته الشخصية[(١)].

اهمية التفرقة بين الالتزام الشخصى والعينى :

تظهر أهمية هذه التفرقة فى نواح متعددة أهمها ما يتعلق بانتقال كل منهما الى الخلف الخاصة للمدين . ومنها ما يتعلق بانقضائه فنجد فى بعض التشريعات كالتشريع الفرنسى واللبنانى لايعرف قاعدة عامة فى انتقال الالتزام إلى الخلف الخاص . ولكن ذلك قاصر على الالتزامات الشخصية مثل الالتزام بضمان الاستحقاق والعيوب الخفية والالتزام بعدم المنافسة على عاتق بائع المتجر . أما الالتزامات العينية فهى فى هذه التشريعات ذاتها تنتقل إلى من ينتقل اليه الحق العينى الذى ترتبط به هذه الالتزامات . وأما من حيث الانقضاء فالالتزامات الشخصية تخضع فى انقضائها للقواعد العامة . أما الالتزامات العينية فبالاضافة إلى ذلك تنقضى بالتخلى عن الحق [(٢)]الذى يرتبط به . ذلك أن المدين العينى لايسأل عن الالتزام العينى الا بسبب حقه العينى على العين المحملة بهذا الالتزام ولذلك كان طبيعياً أن يبرأ من التزامه اذا ماتخلى عن حقه المذكور على العين .

---

(١) راجع د/ عبد العزيز أو غنيمة " الالتزام العينى بين الشريعة والقانون " عام ١٩٧٢.
(٢) راجع تفاصيل ذلك د/ مصطفى الجمال " أحكام الالتزام " ١٩٨٩ ص ٢٧ .س

٢ - الالتزام الطبيعى والمدنى :

الأصل أن الالتزام يكون قابلا للتنفيذ جبرا على المدين اذا لم يقم بتنفيذه اختيارا بالوفاء أو مايقوم مقام الوفاء . لكن هناك بعض الالتزامات . لايجوز فيها اجبار المدين على تنفيذها وهى الالتزام الطبيعى الذى يعبر عنه فى الواقع أنه مجرد واجب أدبى أو خلقى يرتفع فى درجة وجوبه عن الواجبات الخلقية العادية . ومن أمثلة ذلك الالتزام الواجب المتخلف فى ذمة القاصر نتيجة لابطال التزامه المدنى بسبب نقص أهليته . والواجب المتخلف فى ذمة الورثة فى حالة ابطال الهبه الصادرة من مورثهم لعيب فى شكل الهبه وكذلك فى حالة سقوط المطالبه بالدين لمضى مدة التقادم القانونى عليه وواجب المفلس فى سداد ديونة التى سقطت نتيجة الصلح مع الدائنين .

ونظراً لأهمية هذا التفصيل فإننا نرى مزيدا من الايضاح لحقيقة هذا الالتزام من حيث بيان مصدره القانونى وحالاته وآثاره .

(أ) مصدر الالتزام الطبيعى :

لم يرد فى نصوص القانون المدنى تعريفاً محددا للالتزام الطبيعى وانما ورد النص فى المادة ١٩٩ مدنى " ينفذ الالتزام جبرا على المدين ومع ذلك اذا كان الالتزام طبيعياً فلا جبر فى تنفيذه . " ثم جاء نص المادة ٢٠٠ مدنى " يقدر القاضى عند عدم وجود النص ما اذا كان هناك

التزام طبيعى . وفى كل حالة لايجور أن يقوم التزام طبيعى يخالف النظام العام " ولقد وضع بعض الفقهاء تعريفاً محدداً له بأنه [1]واجب آدبى ارتفعت منزلته فى نظر القانون حتى قارب أن يكون التزاما مدنيا . فهو اذن يقع فى منزلة وسط بين مجرد الواجب الآدبى والالتزام القانونى . ودليل أنه لايمكن اجبار المدين فى هذا الالتزام أن ينفذه جبراً عنه . ويمكن القول أن الالتزام الطبيعى هو واجب أدبى يرتب عليه القانون بعض الآثار فيعترف فيه بالمديونية دون عنصر المسئولية [2]ولايكون للدائن فيه أن يجبر المدين على تنفيذه . وإذا وفى به المدين بعد ذلك بمحض اختياره وهو يعلم أنه يوفى بالتزام طبيعى فلا يكون للدائن أن يسترد ماقام بالوفاء به .

(ب) حالات الالتزام الطبيعى :

جاء تص المادة ٢٠٠ مدنى " يقدر القاضى ما اذا كان هناك التزام طبيعى فى كل حالة ولايجور أن يقوم التزام طبيعى يخالف النظام العام " . وبامعان النظر فى هذا النص يتضح أن المشرع قد ينص فى بعض الأحوال على وجود التزام طبيعى كما هو الحال فى نص المادة ٣٨٦ مدنى من أنه " يترتب على التقادم انقضاء الالتزام . ومع ذلك يتخلف فى ذمة المدين التزام طبيعى . وقد دعا هذا النص بعض الفقهاء إلى

(١) راجع د/ السنهورى ، الوسيط جـ ٢ ص٣٨٧ .
(٢) راجع د. مصطفى الجمال ، نقد عنصرى المديونية والمسئولية فى الالتزام ، ص ٣٧ .

القول بأن عمل القاضى هنا قريب الشبه بعمل المشرع [1] فهو الذى يقدر وجود التزام طبيعى عند عدم وجود نص على ذلك . والقاضى فى تقديره لوجود هذا الالتزام يقوم بعنصرين هما : الأول هو تحصيل الوقائع واعداد المستندات والأدلة والثانى هو تحديد العناصر التى يتكون منهـــا الالتزام [2].غير أن المشرع لم يترك هذا التقدير لسلطة القاضى المحضة يجعله يتحكم كما يشاء . ولكنه قيد هذه السلطة التقديرية بقيدين :

١ - القيد الأول :

يرجع هذا القيد إلى الوعى الخلقى فى الجماعه وليس مايمليه الضمير الخلقى للقاضى ذاته . فيجب على القاضى أن يتحقق من قيام واجب خلقى يرقى فى وعى الجماعة إلى مرتبة الالتزام الطبيعى وقد ورد فى المذكرة الايضاحية [3]" أنه يتعين على القاضى الفصل فى أمر الالتزامات الطبيعية أن يتحقق أولا من قيام واجب أدبى وأن يثبت بعد ذلك من أن هذا الواجب يرقى فى وعى الفرد أو فى وعى الجماعة إلى مرتبة الالتزام الطبيعى " . ومقتضى ذلك أن الواجب الخلقى قد يعتبر التزاما طبيعياً ولو لم يعتبره الوعى العام فى الجماعة كذلك . اكتفاء بشعور الفرد .

---

(١) بلانيول وريبير وروودان جـ٧ فقرة ٩٨٤ ، د. السنهورى ، الاثبات فقرة ٣٨٩ .
(٢) د/ محمد على عمران ، أحكام الالتزام ١٩٨٩ يرى أن العنصر الأول مسألة واقع والثانى مسألة قانون ويخضع القاضى للرقابة فى الثانى دون الأول .
(٣) راجع المذكرة الايضاحية جـ ٢ ص ٤٩٩ .

وهذا التصوير منتقد [١]لأنه يؤدى إلى تعطيل القواعد التى قصد المشرع بها تنظيم التبرعات تنظيما خاصاً يميزها عن المعارضات . اذ يكفى طبقا لهذا التصوير . لمن يريد أن يتخلص من تطبيق تلك القواعد أن يعلن أنه يريد الوفاء بالتزام طبيعى يفرضه عليه ضميره على سبيل الحتم ، فينتفى عن تصرفه وصف التبرع .

وهذا تحليل غير مقبول . فلاشك أن من يحسن إلى جار فقير يعتبر متبرعا ولو أعلن أنه لايعتبر نفسه كذلك . وإنما موفيا بالتزام طبيعى . بل ولو كان اعلانه هذا مطابقا للحقيقة بسبب مايتميز به من احساس مرهف [٢]وأنه لاتفسير لذلك سوى أن المعيار الواجب الاتباع معيار موضوعى مجرد يعتد فيه بوعى الفرد العادى فى المجتمع لامعيار شخصى يختلف من فرد إلى آخر . هذا ويلاحظ أن العبرة بالوعى الخلقى العام فى المجتمع . فإذا تعارض مع ماتوجبه الأخلاق فى بيئة معينة لم يكن هناك التزام طبيعى . ولنضرب مثال على ذلك . فدين القمار يعتبر فى بيئة لاعبى القمار دين شرف ومع ذلك فهو لايصلح فى مصر أساسا لالتزام طبيعى . وقد أجاز المشرع فى المادة ٢/٧٣٩ مدنى لمن خسر فى مقامره أو رهان أن يسترد مادفعه ولو كان هناك اتفاق بغير ذلك .

راجع د/ اسماعيل غانم النظرية العامه للالتزام جـ ٢ ص ٢٦٠ .

(٢) راجع د./ جمال زكى نظرية الالتزام الوجيز عام ١٩٧٢ ص ٦٩ هامش ٣ .

٢ - القيد الثانى :

عدم مخالفة النظام العام . جاء النص على ذلك فى المادة ٣٠٠ مدنى "وفى كل حال لا يجوز أن يقوم إلتزام طبيعى يخالف النظام العام ". فاعتبارات النظام العام تسمو فى نظر القانون على اعتبارات الأخلاق التى قد تسود فى المجتمع . ولقد قضت محكمة النقض المصرية [(١)]. بأنه يشترط لاعتبار الدين بعد سقوطه بالتقادم إلتزاما طبيعيا ألا يكون مخالفا للنظام العام . ولما كان التقادم فى المسائل الجنائية يعتبر من النظام العام فإنه إذا تكاملت مدته لا يتخلف عنه أى إلتزام طبيعى . وإذن فمتى كان الحكم قد قرر أن دفع الغرامة من المحكوم عليه بعد سقوطها بالتقادم يعتبر بمثابة وفاء لدين طبيعى لا يصلح استرداده . فإن هذا الحكم يكون قد خالف القانون .

تطبيقات الإلتزام الطبيعى :

جرى الفقة وتبعته المذكرة الإيضاحية على تقسيم تطبيقات الإلتزام الطبيعى إلى طائفتين : الأولى : تشمل ما يكون أثرا قد تخلف عن إلتزام مدنى مثل سقوط الدين بالتقادم أو انقضاؤها نظرا لتصالح المفلس مع دائنيه . أو القضاء بإبطال التصرف المنشئ لها لعدم توافر الأهلية أما الطائفة الثانية : فهى تشمل ما ينشأ أصلا عن الواجب

---

(١) راجع نقض مدن ١٩٥٥/٣/٢٤ السنة ٦ ص٨٦١ .

الخلقى ، وإن كان هذا التقسيم يسهل تحديد حالات الإلتزام الطبيعى إلا أنه يهدر تماما الفكرة الجوهرية التى يقوم عليها الإلتزام الطبيعى وهى الواجب الخلقى ولنسوق فيما يلى بعض تطبيقات للإلتزام الطبيعى وهى ليست على سبيل الحصصر وإنما على سبيل المثال .

(أ) واجب عدم الإضرار بالغير :

ويتمثل ذلك فى أن شخص قد ارتكب خطأ يضر الغير ألا أن المسئولية القانونية لم تكتمل لها أركانها من حيث الإثبات . ومع ذلك يقوم المتسبب فى الضرر بوحى من ضميره بدفع التعويض للمضرور . فلا يعتبر متبرعا إذا كان الواجب الخلقى بالتعويض فى هذه الحالة يرقى فى وعى الجماعة إلى منزلة الإلتزام الطبيعى . ومن ذلك أيضا أن يقوم شخص بدفع مبلغ من المال لزوجته السابقة التى طلقها دون مبرر كان من جانبها دون أن يكون هناك إلتزام قانونى أو حكم بذلك وذاك إحساسا منه أنه قد تسرع فى فصم عرى الزوجية دون مبرر .

(ب) واجب عدم الاثراء دون سبب :

ويقصد بالسبب فى هذا الخصوص السبب القانونى غير الكاف لتبرير الإثراء ويتمثل ذلك فى أن يعقد شخص عقد معاوضة ويحدث فيه غبن للطرف الآخر. ولا يستطيع الطرف المغبون أن يطعن فى هذا العقد لعدم توافر الشروط التى نص عليها القانون لقبول هذا الطعن .

ومن ذلك أيضاً انقضاء الدين لمرور مدة التقادم على عدم المطالبة به أو نظرا للتصالح بين المدين والمفلس .

جـ - واجب الوفاء بالعهد :-

ويتمثل ذلك فى حالة ما إذا كان هناك عقد ناقص الأهليه قابلا للابطال فإذا أبطل فلن ينشأ الالتزام المدنى . وقد يكون العاقد كامل الرشد فى الواقع رغم عدم بلوغ سنة احدى وعشرين عاماً . فيقع فى جانبه التزام طبيعى . وقد يعجز الدائنين عن اثبات حقه فيحكم برفض دعواه ويصبح الحكم حائزا لحجية الشئ المحكوم فيه . فلا يجوز للدائن بعد أن يطالب مدينه بالوفاء . ،ولكن المدين يظل ملتزم بالتزام طبيعى .

د - واجب الاعتراف بالجميل :

من أمثلة ذلك ماجرى عليه القضاء [1] أن يقدم شخص معونه ماليه لأرمله الطبيب الذى عالجة باخلاص وعناية . أو لخادم أخلص له فى خدمته . أو لعامل أدى معه خدمة جليلية ثم ترك عمله لديه . وماذكره بعض الفقهاء بشأن هبة المجازاة [2]أى لو أعطيت شخص مالا لأخر مجازاة له فى خدمة أداها فإن ذلك يعد وفاء لالتزام طبيعى

(١) راجع استئناف مختلط ١٩٢٨/١٢/١٣ مجلة المحاماه السنه ٩ ص٥٧٦ .

(٢) راجع د/ جمال ذكى ، المرجع السابق ص ٧٠ - ٧٤ فقرة ٣٧ .

وليس تبرعا منه لأن هبة المجازاة هى حقيقتها عقد معاوضه .

آثار الالتزام الطبيعى :

لما كان الالتزام الطبيعى لاينطوى على عنصر المسئولية . أى يخلو من عنصر الإجبار على تنفيذه فإن أثره يتحدد فى حالتين هما : -

١ -أنه أداة وفاء صحيح :

نص المشرع على هذا الأثر الأول فى المادة ٢٠١ مدنى والتى تنص على أنه " لايسترد المدين ماأداه باختياره قاصدا أن يوفى التزاما طبيعياً " ومن هنا يمكن القول أن وفاء المدين بالترام طبيعى انما هو وفاء بما فى ذمته . ويقع هذا الوفاء صحيحا . ويشترط لصحة هذا الوفاء كما قضت بذلك محكمة النقض أنه يجب أن يتم اختيارا وعن بينه وقد ذهبت للقضاء بذلك [(١)]" أن مناط الاعتداد بهذا الوفاء وعدم أحقيه المدين فى استرداده أ يكون الوفاء صادرا من المدين عن رضا واختيار ولا اكراه عليه . والا جاز له المطالبه برده " وقد أكدت المذكرة الايضاحية ذلك مفصحة [(٢)]" أنه يشترط لصحة هذا الوفاء أن يقوم به المدين من تلقاء نفسه دون اجبار وأن يكون حاصلا عن بينه منه أى وهو مدرك أنه يستجيب لمقتضى التزام طبيعى لايكفل له القانون جزاء . والوفاء بالتزام طبيعى ليس تبرعا ومن ثم لايشترط له شكل خاص .

---

(١) راجع نقض مدنى مصرى ١٩٧٨/١١/٢٨ الطعن ٣٠٤ لسنة ٧٤ق .
(٢) راجع المدكرة الايضاحية جـ ٢ ص ٥٠٠ - ٥٠١ .

واذا كان الوفاء بالتزام طبيعى جزئيا فلا يجوز للمدين أن يسترد الجزء الذى وفاه ولايجوز للدائن اجباره على الوفاء بالقدر الباقى [١].

٢ - أنه يصلح سببا لانشاء التزام مدنى :

ورد النص على هذا الأثر الثانى أيضاً فى المادة ٢٠٢ مدنى " الالتزام الطبيعى يصلح سببا لالتزام مدنى " قد يعد المدين الدائن أنه سيقوم بالوفاء بالالتزام وذلك عن ارادة واعيه . فمؤدى ذلك أنه يعترف بالدين فى ذمته وهنا يتحول الالتزام الطبيعى إلى التزام مدنى . ويكون سبب الالتزام المدنى هو قصد الوفاء بالتزام طبيعى[٢] فينشأ الالتزام المدنى فى ذمة المدين بناء على هذا التعهد وحدة دون حاجة لقبول الدائن . وأساس تحول الالتزام الطبيعى إلى التزام مدنى هو اتجاه ارادة المدين لذلك . ولكن اذا لم تبدو نية المدين واضحة فى انشاء الالتزام فإنه الالتزام الطبيعى يظل باقيا حيث أن القواعد العامه فى التفسير توجب أن يفسر الشك فى مصلحة المدين وذلك طبقاً للمادة ٢/١٥١ من القانون المدنى .

---

(١) راجع د/ محمد على عمران ، أحكام الالتزام عام ١٩٩٩٢ ص١٠-١١ .

(٢) راجع د/ اسماعيل غانم المرجع السابق ص٢٦٦ . ويرى أن المشرع المصرى رفض الأخذ بأساس تحول الالتزام الطبيعى إلى التزام مدنى استنادا إلى فكرة التجديد - لأنها تفترض اتفاق الدائن والمدين . وفى التحول الماثل ليس هناك هذا الاتفاق .

٣ - الالتزام المدنى :

يعتبر الالتزام المدنى هو الصورة المألوفة[1] لصور الالتزامات عموما .مما يوحى عند اطلاق لفظ الالتزام يعنى أنه الالتزام المدنى .والالتزام المدنى تقع دراسته فى نطاق النظرية العامة للالتزام حسب الخطة التشريعية الواردة بالقانون المدنى والوردة بالكتاب الأول اعتبارا من المواد ٨٩ حتى ١٩٧ مدنى . وعدد المشرع مصادره على النحو التالى : العقد - الارادة المنفردة - العمل غير المشروع - الاثراء بلا سبب - نص القانون - ويكمن الفارق الأساسى بينه وبين الالتزام الطبيعى فى أن الأول يتوافر له عنصران [2] عنصر المديونية وعنصر المسئولية . فيكون على المدين واجب الوفاء به . كما يمكن اجباره على هذا الوفاء عن طريق السلطة العامة فى حالة نكوله عن ذلك . أما الالتزام الطبيعى فهو التزام ناقص يتوافر له عنصر المديونية فقط . فإذا

---

(١) راجع د/ محمد على عمران . المرجع السابق ص ١٣ .

(٢) راجع د / مصطفى الجمال ، أحكام الالتزام عام ١٩٩٠ ص ٢٨- ٢٩ هامش واحد دراسة انتقادية حول عدم صحة هذا التحليل " ويرى أن وفاء المدين بالتزام طبيعى يعتبر تبرعا منه أو يعد وفاء باطل على نحو يجوز له معه استرداد ما أداه " وعلق على ذلك أن القانون يشترط لنفاذ هذا الالتزام شرط هو اتجاه ارادة المدين بالتزام طبيعى إلى الوفاء به أو التعهد بالوفاء به . وهذا الشرط هو شرط قانونى يختلف عن الشروط الاتفاقية التى تعتبر من الأوصاف التى تلحق الالتزام ولايخضع لأحكامها ولايكون له أثر رجعى .

ماقام المدين بالوفاء به باختياره فإنه يوفى بما هو مستحق فى ذمته وليس تبرعاً . واذا ماتعهد المدين بالوفاء بهذا الدين . فهذا التعهد فى حد ذاته منشأ لعنصر المسئولية الذى ينضم إلى عنصر المديونية القائم من قبل على نحو يتحول معه الالتزام الطبيعى إلى مدنى . وبعد الانتهاء من دراسة هذا الباب التمهيدى لوضع اطار عام لما يأتى لاحقا . فإننا نأتى إلى الباب الأول لبحث آثار الالتزام من حيث التنفيذ الجبرى - والتنفيذ بمقابل والوسائل أو الضمانات التى تكفل هذا التنفيذ .

الباب الأول

آثـار الالتزام

تمهيد وتقسيم:

الأصل أنه يترتب على وجود الالتزام . أن يقوم بتنفيذه المدين باختياره . ومن ثم فلا مجال للتحدث عن آثار الالتزام . ولكن اذا لم يقم المدين بتنفيذ هذا الالتزام بارادته فانه يجبر على هذا التنفيذ . وهنا يتدخل المشرع بوضع قواعد خاصه للتنفيذ الجبرى . وقد لايتخلف المدين عن الوفاء ولكن يقوم به متأخرا أو ينفذه تنفيذامعيبا . فهنا أيضا يضع المشرع قواعد خاصة لمواجهة المدين المتأخر فى التنفيذ أو حالة التنفيذ المتأخر باللجوء إلى طرق التنفيذ بمقابل . وهذه القواعد الخاصه فى كلتا الحالتين يدعمهما المشرع بضمانات للدائنين لاستعمالها للمحافظة على دينه ولاجبار المدين على الوفاء بالدين ومن هنا تأتى دراستنا منقسمة إلى ثلاثة فصول هى : التنفيذ العينى - التنفيذ بمقابل - النظم القانونية للمحافظة على الضمان العام .

الفصل الأول

التنفيذ العينى

تمهيد :

اذا لم ينفذ المدين الالتزام طواعية واختيارا كان للدائن أن يجبره على هذا التنفيذ . ولكن يجب التأكيد أنه لايقصد بالاجبار على التنفيذ هو أن يستخدم الدائن القوة البدنية أو الإتجاه إلى تهديد المدين . بل يتم هذا الاجبار عن طريق تدخل السلطة العامة[١] ممثلة فى المحضر القائم بالتنفيذ تحت سلطة القاضى وله أن يستعين فى أداء عمله برجال الشرطة للتغلب على مقاومة المدين اذا كان هناك داعى لذلك . ومن هنا تأتى دراستنا للتنفيذ العينى متمثله فى ثلاثة مباحث هى : شروط التنفيذ العينى - موضوعه - حث المدين على التنفيذ العينى .

---

(١) راجع د/ محمد لبيب شنب ، دروس فى نظرية الالتزام عام ١٩٧٤ ، ١٩٧٥ ص ١٩٠ .

المبحث الأول

شروط التنفيذ العينى

الأصل هو التنفيذ العينى :

طالما أن تنفيذ الالتزام عينا ممكنا كان للدائن أن يطالب به . ولايجوز للمدين الا استثناء أن يعدل عنه إلى التعويض . وبالعكس اذا عرض المدين أن يقوم بالتنفيذ العينى فليس للدائن أن يرفضه . أى أن القاعدة أنه لايجوز المعدول عن التنفيذ العينى إلى طريق التعويض الا بتراضى الطرفين (١). أما التنفيذ بطريق التعويض ليس الا وسيلة احتياطية لايتحتم الالتجاء اليها الا اذا تعذر تنفيذ ذات الالتزام بكافة الشروط التى نشأ بها . ومن التطبيقات القضائية لقاعدة وجوب التنفيذ العينى أولا ماقضت به محكمة النقض " هو أن للزوجة الحق فى أن تطالب زوجها برد المنقولات المملوكة لها والتى فى حيازته ولها أن تطالب بقيمة هذه المنقولات اذا لم توجد . فإذا اكتفت الزوجة بأن طلبت من أول الأمر الحكم لها بقيمتها دون أن تثبت ضياعها أو تعذر الحصول عليها فإنه يجب رفض دعواها (٢).

---

(١) راجع د/ اسماعيل غانم ، أحكام الالتزام عام ١٩٦٧ ص ١٠ .

(٢) راجع نقض مدنى ١٩٥٢/٦/١٢ مجموعة النقض السنة ٣ ص ١١٨٧ رقم ١٨٧ .

شروط الحكم بالتنفيذ العينى :

يبين من مطالعة نص المادة ١/٢٠٣ مدنى والتى جاء نصها :

" يجبر المدين بعد اعذاره طبقا للمادتين ٢١٩، ٢٢٠ مدنى على تنفيذالتزامه عينا متى كان ذلك ممكنا " . أن المشرع اشترط قبل اللجوء إلى طلب الحكم بالتنفيذ العينى ضرورة سبقة باعذار mis en denevre ويقصد بالاعذار وجوب التنبيه على المدين من جانب الدائن بالوفاء . ولكننا لانرى داعيا لهذا المذهب من جانب المشرع المصرى . اذ أن الحكم المراد تنفيذه عينا يجب قبل الشروع فى التنفيذ اعلان المدين بهذا الحكم . ومن ثم فلا ضرورة للاعذار . وكما ذهب بعض الفقهاء إلى القول أن اشتراط الاعذار فى حالة التنفيذ العينى من جانب المشرع يبدو أمرا غير مفهوم . ويمكن حصر هذه الشروط فيما يلى :

أولا : أن يكون التنفيذ العينى ممكنا :

للدائن أن يطالب مدينه بالتنفيذ العينى طالما كان ذلك ممكنا .فأن استحال التنفيذ العينى . امتنع الحكم على المدين بالتنفيذ العينى .والاستحالة قد ترجع إلى فعل المدين . ومن هنا لايكون أمام الدائن سو« التنفيذ بمقابل . وقد تكون الاستحالة راجعه إلى سبب أجنبى لايد للمدين فيه . وهنا ينقضى الالتزام ولايجوز الرجوع على المدين حتى

بالتعويض [١]. ولايتصور ذلك التطبيق فى حالة ما اذا كان محل الالتزام بدفع مبلغ من النقود لأنه يعتبر ممكنا فى كل الأحوال . ولكن من الجائز فقط التعويض عن التأخير فى التنفيذ ولايعتبر اعسار المدين استحالة لتنفيذ الالتزام بدفع مبلغ من النقود . لأن المال كما يقول رجال الفقه الاسلامى غاد ورائح [٢]. أما فى غير الالتزام بدفع مبلغ نقدى . فقد يصبح التنفيذ العينى مستحيلا بفعل المدين .ففى الالتزام بنقل حق عينى أو انشائه على شئ . يصبح التنفيذ العينى مستحيلا اذا هلك الشئ أو انتقلت ملكيته من المدين إلى الغير .

وفى الالتزام بالإمتناع عن العمل . يصبح التنفيذ العينى مستحيلا بالنسبة للماضى اذا قام المدين بالعمل الممنوع عنه . وقد يترتب على ذلك أن يصبح التنفيذ العينى مستحيلا بالنسبة للمستقبل . وذلك اذا لم يكن فى الامكان ازالة ماوقع مخالفا للالتزام .

ثانياً : ألا يكون التنفيذ العينى مرهقا :

بسط هذا الشرط نص المادة ٢/٢٠٣ مدنى التى جاء نصها " على أنه اذا كان فى التنفيذ العينى ارهاق للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدى اذا كان ذلك لايلحق بالدائن ضررا جسيما " .

---

(١) راجع د/ محمد على عمران ، أحكام الالتزام عام ١٩٩٢ ص ١٧ .
(٢) راجع د/ البدراوى النظرية العامة للالتزام جـ ٢ عام ١٩٨٩ ص٢٩ .

يعتبر هذا الحكم تطبيقا لنظرية التعسف فى استعمال الحق .أو كما ذهب البعض أن هذا النص ليس الا تطبيقا لنص المادة ٥/د التى تنص على " يكون استعمال الحق غير مشروع اذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لاتتناسب البته مع مايصيب الغير من ضرر بسببها " . فقد لايكون التنفيذ العينى مستحيلا ولكن فيه ارهاق للمدين بحيث يترتب على اجباره عليه ضرر فادح لايتناسب[1] مع مايحيق الدائن من جراء التخلف عن الوفاء عينا . وهنا اذا أصر الدائن على استعمال حقه فى التنفيذ العينى فأنه يكون متعسفا فى استعمال حقه فى التنفيذ العينى .

ومثال ذلك أن يلتزم الجار بأن يترك مسافة معينه عند قيامه بالبناء . ولكنه تجاوز المساحة تجاوزا يسيرا . فلا يكون للدائن أن يتمسك بوجوب هدم الجزء الزائد تنفيذا لعين ما التزم به مدينه . بل يقتصر حقه على التعويض النقدى .

ثالثا : الا يكون فى التنفيذ جبرا على المدين مساس بحريته الشخصية :

قد لايكون التنفيذ مرهقا ولامستحيلا . ولكن يقتضى تدخلا شخصياً بحيث يكون فى جبره على هذا التنفيذ مساس بحريته

(١) راجع د/ اسماعيل غانم المرجع السابق ص١٧ .

الشخصية . عندئذ يمتنع التنفيذ الجبرى .ويقتصر على التعويض . ذلك أن فى جبر المدين على التنفيذ العينى يعتبر مصاده لحريته . فضلا عن أن القهر غير منتج فى مثل هذه الأحوال . ومثال ذلك التزام الممثل بعدم التمثيل الا فى أفلام الشركة التى تعاقد معها . فإذا أخل بالتزامه بأن قام بالتمثيل فى أفلام شركة أخرى . فقد أصبح تنفيذ الالتزام عينا مستحيلا بالنسبة للفترة التى تم فيها الاخلال به . فى هذا المثال يكون تدخل المدين ضرورى للقيام بالعمل فإذا أصر المدين على عدم التنفيذ لايجوز قهره على التنفيذ بالطريق المباشر . لأن هذا فيه حجر شديد[1] على حريته ويقتصر الدائن على التعويض عن عدم التنفيذ . غير أن القانون حث المدين بطريق غير مباشر على التنفيذ باستعمال الغرامة التهديدية . فإن لم تفلح فلا يكون أمام الدائن سوى المطالبه بالتعويض والقاضى يراعى فى هذا التعويض مقدار الضرر الذى أصاب الدائن والعنت الذى من المدين .

(١) راجع د/ البدراوى ، المرجع السابق ص ٣١ .

المبحث الثانى

موضوع التنفيذ العينى

مبدأ حسن النية فى التنفيذ :

نص المشرع فى المادة ١٤٨ مدنى على أنه " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع مايوجبه حسن النية " وقد يتبادر للذهن أن مبدأ حسن النيه خاص بالعقود . ولكنه مبدأ عام واجب التطبيق فى تنفيذ كافة الالتزامات أيا كان مصدرها[١]. ولكننا نرى معظم تطبيقات هذا المبدأ تظهر فى نطاق الالتزامات التعاقدية وسوف نعرض فيما يلى لتطبيقات توضح كيفية التنفيذ العينى .

أولا : الالتزام بنقل حق عينى أو انشائه على شئ (الالتزام باعطاء) :

يختلف تنفيذ هذا الالتزام باختلاف ما اذا كان الشئ منقولا أو عقارا :

١ - فإذا كان الشئ منقولا : وكان معينا بذاته ومملوكا للمدين اعتبر الالتزام نافذا بمجرد نشوئه . أى أن الحق العينى الذى التزم المدين بنقله أو انشائه يعتبر قد انتقل إلى الدائن أو أنشىء له بحكم القانون بمجرد نشوء الالتزام فتنتقل ملكية المنقول المعين بالذات من البائع الذى كان مالكا له إلى المشترى مثلا بمجرد العقد .

---

(١) راجع رسالة جورف ==== باريس ١٩٢٨ .

وكذلك بالنسبة لكافة الحقوق العينية الأخرى . وإذن فالتسليم ليس شرطا لانتقال الملكية أو الحق العينى . فيعتبر المشترى مالكا للمبيع بمجرد العقد ولو لم يكن قد استلمه بعد من البائع .

أما اذا كان الشئ معينا بنوعه فقط . فإن الحق العينى لاينتقل الا بافراز الشئ . ذلك أن الحق العينى سلطة ترد مباشرة على الشئ . ومن ثم يجب أن تكون محددة بالذات . فتنفيذ المدين للالتزام بنقل الحق العينى فى هذه الحالة يوجب منه أن يقوم بافراز الشئ . وللدائن أن يلجأ إلى القضاء للإذن له فى أن يحصل على شئ من النوع ذاته على نفقة المدين . ولاضرورة لهذا الاذن فى حالة الإستعجال . وقد أجاز المشرع للدائن فى المادة ٢٠٥ مدنى بدلا من ذلك أن يطالب المدين بقيمة الشئ . فالتنفيذ هنا يكون بطريق التعويض وليس أساسه أن التنفيذ العينى قد أصبح مستحيلا . وانما مرجعه أن الدائن قد ارتضاه ولم يمانع فيه المدين مادام هذا لم يعرض التنفيذ العينى . ولايمنع الأمر المطالبة بالتعويض فى كلتا الحالتين عن الضرر الذى أصاب الدائن من جراء التأخير فى التنفيذ .

٢ - أما اذا كان الشئ عقاراً :

وضع المشرع أحكاماً مختلفة للعقار تختلف عن المنقول وتتمثل فى نص المادة ٩ من قانون الشهر العقارى رقم ١٩٤٦ والتى جاء نصها

" جميع التصرفات التى من شأنها انشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبته لشئ من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل ويدخل فى هذه التصرفات الوقف والوصية ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لاتنشأ ولاتنتقل ولا تتغير ولاتزول لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم . ولايكون للتصرفات غير المسجله من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن " .

فالالتزام الذى يكون محله نقل حق عينى أصلى عقارى كحق ملكية على عقار لايعتبر نافذاً بمجرد نشوئه بل لابد من اتباع اجراءات التسجيل . والتسجيل يقتضى القيام باجراءات معينه منها أن يكون العقد محررا على أحد النمازج المطبوعة المخصصة لهذا الغرض . وأن يكون مصدقا على التوقيعات فيه . فاذا امتنع المدين عن تنفيذ الالتزام . كما هو الحال مثلا فى عقد البيع كان للمشترى باعتباره الدائن أن يجبر البائع على ذلك باستصدار حكم بصحة التعاقد ثم يسجل هذا الحكم . وبذلك يتم التنفيذ العينى قهرا على المدين [١] .

ويلاحظ بالنسبة للحقوق العينية التبعية العقارية لايشترط شهرها لنشوئها فيما بين المتعاقدين . الا أنه لايحتج بها فى مواجهة الغير الا اذا كانت مقيده فى السجل المعد لذلك .

---

(١) أنظر المادة ٤/٦٥ من قانون المرافعات المدنية والتجارية المعدل بالقانون ١٨ لسنة ١٩٩٩ وأوجب جزاء على عدم شهر صحيفة الدعوى هو عدم قبول الدعوى .

ثانيا : الالتزام بعمل :

الالتزام بعمل قديكون مضمونه تحقيق نتيجة أو بذل عنايه مما يستوجب تدخل المدين بفعل ايجابى منه لتنفيذ هذا الالتزام . واذا لم يقم المدين بذلك العمل الايجابى فقد لايمكن فى بعض الأحوال اللجوء إلى التنفيذ الجبرى وهنا ينبغى التفرقة بين حالتين :

١ - اذا كان تنفيذ هذا الالتزام يوجب أو يحتم قيام المدين به بنفسه :

ومثال ذلك كما لو كان المدين محاميا معينا أو طبيبا معينا أو فنانا تم الاتفاق مع أى منهم على القيام بتنفيذ الالتزام . فمثل هذا الاتفاق روعى فيه المدين الذى تعهد بالقيام بالعمل أو كانت طبيعه الالتزام تفرض تدخل المدين شخصيا للقيام به . فأباح المشرع للدائن فى هذه الحالة رفض الوفاء من غير المدين . وهنا لايجوز اجبار المدين على التنفيذ لأن فيه مساس بحريته الشخصية . فلا يبقى أمام الدائن سوى أن يطالب بالتنفيذ بطريق التعويض - وذلك ماقرره المشرع فى عجز المادة ٢٠٨ مدنى التى جاء نصها " فى الالتزام بعل اذا نص الاتفاق أو استوجب طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين " .

وإن كان من غير الجائز اللجوء إلى تنفيذ الالتزام جبرا على

المدين [١]. فانه يجوز أن يستعمل القاضى وسيلة التهديد المالى لحثه على الوفاء . واذا لم تفلح هذه الوسيلة فى الحث على الوفاء قضى القاضى بتعويض عن عدم وجود التنفيذ .

٢ - اذا كان تنفيذ الالتزام لايوجب قيام المدين به شخصيا :[٢]

عالج المشرع هذه الحالة فى المادة ٢٠٩ مدنى التى جاء نصها " فى الالتزام بعمل اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يطلب ترخيصا من القضاء فى تنفيذ الالتزام على نفقه المدين اذا كان هذا التنفيذ ممكنا . ويجوز فى حالة الاستعجال أن ينفذ الدائن الالتزام على نفقة المدين دون ترخيص من القضاء " كما لو تعهد مقاول ببناء منزل أو التزم المؤجر بالقيام بالترميمات الضرورية . فهذا يستوى بالنسبة للدائن أن يقوم بالبناء أو الترميم المدين أو غيره . طالما كان التنفيذ العينى ممكنا . ففى التزام المقاول على النحو السابق ليس مرتبطا بشخص المدين . فاذا امتنع عن القيام به وأصر الدائن على طلب التنفيذ العينى يمكنه الالتجاء إلى القضاء للتصريح له بأن يقوم بالبناء على نفقه المقاول . بل أن للدائن فى حالة الاستعجال أن ينفذ العمل على نفقة المدين بدون الالتجاء إلى القضاء . وفى نهاية الأمر فإن الالتزام بعمل

---

(١) راجع د/ البدراوى ، المرجع السابق ص٣٩ .

(٢) راجع نقض مدنى ١١/١١/١٩٦٥ مجموعة النقض السنة ١٦ ص ١٠١٨ " أن الترخيص للدائن فى حالة الاستعجال بالقيام بتنفيذ الالتزام على نفقة المدين دون الترخيص بذلك من القاضى ليس الا رخصه له ولايجوز مؤاخذته على عدم استعمالها .

قد يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ اذا سمحت بذلك طبيعة الالتزام طبقا للمادة ٢١٠ مدنى . ومن ذلك أيضاً مانصت عليه المادة ١٠٢ مدنى من أنه " اذا وعد شخص بابرام عقد ثم نكل وقاضاه الموعود له طالبا تنفيذ الوعد . وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وبخاصة مايتعلق منها بالشكل متوافرة . قام الحكم متى حاز قوة الشئ المقضى به مقام العقد الذى التزم الواعد بابرامه " .

ثالثا : الالتزام بالامتناع عن عمل :

اذا التزم المدين بالامتناع عن عمل وأخل بهذا الالترام جاز للدائن أن يطلب إزالته مخالفا للالتزام . كما لو التزم شخص بعدم اقامة بناء فى حديقة ثم خالف هذا الالتزام وقام بالبناء . هنا يجوز للدائن أن يطلب عدم البناء وإعادة الحديقة إلى ماكانت عليه . فإذا صدر حكم بازالة المخالفة تعين على المدين تنفيذه وهدم البناء . وحتى يتلافى الدائن تلكا المدين فى التنفيذ يجوز له أن يطلب من القضاء ترخيصا فى أن يقوم بهذه الازالة على نفقة المدين . فيتولى الدائن القيام بعملية الهدم والازالة ويرجع بهذه النفقات على المدين . والحصول على ترخيص من القضاء هنا واجب [1]حتى فى حالة الاستعجال . على خلاف الحال فى الالتزام باعطاء أو عمل فى حالة الاستعجال لايجوز اللجوء إلى القضاء

(١) راجع د./ لبيب شنب ، المرجع السابق ص ١٩٩ .

فى حالة الاستعجال . وعلة الاختلاف اذن تكمن فى أنه فى حالة الالتزام بامتناع عن عمل لايمكن ازالة المخالف الا باللجوء إلى شئ من العنف . ومن هنا وجب الترخيص من القضاء بذلك فى جميع الحالات . وللقاضى هنا سلطة تقديرية فقد لايجيب الدائن إلى طلب الازالة لما وقع مخالفا للالتزام بالامتناع عن العمل . فقد يحكم له بالتعويض اعمالا للمادة ٢/٢٠٣ مدنى وخصوصا اذا رأى أن فى الحكم بالازالة ارهاق للمدين بحيث لاتتناسب الفائدة التى ستعود على الدائن من الازالة مع الضرر الذى سيصيب المدين نتيجة لها . وقد لايكون التنفيذ العينى مستحيلا بالنسبة للمستقبل ولكن فى اللجوء اليه يكون هناك مساس بالحرية الشخصية للمدين . فهنا لايكون للدائن سوى التنفيذ بمقابل فيحصل على تعويض عن عدم التنفيذ الا اذا أمكن حث المدين عن طريق الغرامة التهديدية [١].

---

(١) راجع د/ اسماعيل غانم ، المرجع السابق ص ٢٢ .

المبحث الثالث

الغرامة التهــديدية

Irs astreintes

النص التشريعى وماهية الغرامة التهديدية :

جاء نص المادة ٢/٢١٣ مدنى " أنه اذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم الا اذا قام به المدين نفسه جاز للدائن أن يحصل على حكم بالزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية فى حالة امتناعه عن ذلك " .

فيتضح اذن أن الغرامة التهديدية هى مبلغ من المال يحكم به القاضى لالزام المدين عن كل يوم أو أسبوع أو شهر أو أية فترة من الزمان يمتنع فيها عن تنفيذ الالتزام عينا بعد صدور حكم بالزامه بهذا التنفيذ . غير أن بعض الفقهاء يرى[١] أن المشرع لم يكن موفقاً فى اختياره لفظ الغرامة التهديدية . ،ذلك لأن لفظ الغرامة له معنى محدد فى قانون العقوبات أما التهديد المالى فهو نظام مدنى بحت وقد يثير هذا اكتابه فى اللفظ لبسا كانت لغة القانون بمنأى عنه . ويقصد المشرع منها حث المدين والتغلب على ممناعته .

---

(١) راجع د/ اسماعيل غانم ، المرجع السابق ص٢٣ .

ولذلك أجاز المشرع للقاضى زيادة مقدار هذه الغرامة فى حالة اصرار المدين على عدم التنفيذ . وهذه الوسيلة غير المباشرة لاجبار المدين على تنفيذ التزامه هى من ابتداع محكمة النقض الفرنسية وقد تابعتها محكمة النقض المصرية والمشرع المصرى فى التقنين المدنى الجديد فى المواد ٢١٣، ٢١٤ مدنى :

ضرورة التهديد المالى فى القانون المصرى :

تعتبر الغرامة وسيلة استثنائية لايجوز اللجوء اليها الا اذا كان هناك نص على ذلك . ذلك أن امتناع المدين عن تنفيذ التزامه لايستتبع كقاعدة عامة توقيع عقوبة عليه . فامتناع المدين لايستتبع سوى توقيع جزاء مدنيا وليس جزاء جنائيا الا فى أحوال نادرة يعتبر فيها الامتناع عن التنفيذ جريمة جنائية ويستتبع الأمر توقيع جزاء جنائى كما فى حالة المودع لديه الذى يبدد ماأودع لديه من منقولات اضرارا بالمودع فأنه يكون مرتكبا لجريمة خيانه الأمانة طبقا للمادة ٣٤١ عقوبات . فالقاعدة فى الأحوال المدنية لايجوز اللجوء إلى التهديد البدنى إلى جسم المدين الا فى أحوال محددة على سبيل الحصر هى :

١ - فى مجال الأحوال الشخصية نصت المادة ٧٦ مكرر(١) من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ الشرعية على أنه " اذا امتنع المحكوم عليه عن

(١)أنظر المادة ٧٦ مكرر من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ فى شأن تيسير اجراءات التقاضى المعدل بالقانون ٩١ لسنة ٢٠٠٠ .

تنفيذ الحكم الصادر فى النفقات أو فى أجرة الحضانه أو الرضاع أو المسكن . يرفع ذلك إلى المحكمة الجزئية التى بدائرتها محل التنفيذ . ومتى ثبت لديها أن المحكوم عليه قادر على القيام بما حكم به وأمرته ولم يمتثل حكمت بحبسه ولايجوز أن تزيد مدة الحبس عن ثلاثين يوما [١].

٢ - الحالة المنصوص عليها فى المادة ٥١٩ اجراءات جنائية : وهى حالة ما اذا ترتب على ارتكاب شخص جريمة جنائية أن أصاب الغير ضرر فألزمه بتويضه طبقا للمادة ١٦٣ مدنى . هنا اذا ثبت أن المدين بالتعويض قادر على الدفع وأمرته محكمة الجنح بأداء المبلغ الذى ألزم به . فلم يمتثل جاز لها أن تحكم عليه بالاكراه البدنى على ألا تزيد مدة الحبس على ثلاثة أشهر .

ويختلف القانون المصرى عن القانون الانجلوسكسونى [٢]فى أن الأخير يجعل من مجرد امتناع المدين واصراره على عدم تنفيذ الالتزام بعد صدور حكم بالالتزام مرتكبا لجريمة ازدراء العداله أى احتقار القضاء .

شروط الحكم بالغرامة التهديدية :

يشترط للحكم بالغرامة التهديدية بصفة عامة شرطان : الأول : أن

---

(١)أنظر الماده ٧٦ مكرر من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ المعدل بالقانون ٩١ لسنة ٢٠٠٠.
(٢) راجع د/ حمدى عبد الرحمن مصادر الإلتزام عام ٢٠٠١ص١٩٨ .
د/ اسماعيل غانم المرجع السابق ص٢٤ .

يكون تنفيذ الالتزام عينا لازال ممكنا . والثانى : أن يكون تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير ملائم الا اذا قام بنفسه . الا أن هناك شرطاً ثالثا : فى حالة ماذا كان التنفيذ يوجب المساس بالحق الأدبى للمؤلف . وسوف نعرض لهذه الشروط فيما يلى :

أولا : أن يكون التنفيذ العينى لايزال فى حدود الامكان :

هذا الشرط بديهى[١] يفرضه الغرض المقصود من الحكم بالغرامة التهديدية . وهو اجبار المدين على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا .

فيجب أولا : أن يوجد التزام فإن لم يوجد التزام أصلا وجب على المحكمة أن ترفض الحكم بالغرامة التهديدية . فلا يجوز مثلا أن يحكم بغرامة تهديدية على أحد الخصوم فى دعوى لاكراهه على الحضور أمام المحكمة اذا لايوجد التزام على الخصم بالحضور . كما لايجوز الحكم بغرامة تهديدية لاكراهه على الاخبار عن شركائه [١]. وتطبق ذات القاعدة فى حالة وجود التزام ثم انقضى لأى سبب من الأسباب فالدين الذى انقضى بالتقادم لايجوز الحكم على المدين به بالغرامة التهديدية لاكراهه على الوفاء . الا أننا نرى أنه فى هذه الحالة الأخيرة يوجد التزام أدبى بالوفاء وقد يتعهد المدين بالوفاء فيتحول الالتزام من طبيعى إلى مدنى - واذا أصبح تنفيذ الالتزام عينيا مستحيلا بخطأ المدين . فليس هناك

---

(١) راجع تفاصيل ذلك د/ البدراوى ، المرجع السابق ص٤٢ .

داعيا للحكم بالغرامة التهديدية لأن الغرض معدوم وهو التنفيذ العينى وانما يجوز الحكم هنا بالتعويض . أما فى حالة الاستحالة التى ترجع إلى سبب أجنبى فلا يجوز الحكم بالغرامة التهديدية لأن الالتزام يكون قد انقضى .

ثانيا : أن يكون تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم الا اذا قام به المدين بنفسه :

لاتظهر فائدة اللجوء إلى التهديد المالى الا فى الأحوال التى يكون تدخل المدين فيها وجوبيا أو غير ملائم الا اذا قام به المدين شخصيا . ومن ثم فانه يجوز الحكم بالغرامة التهديدية على المدين فى الالتزام بالامتناع عن عمل لحثه على التنفيذ العينى بالنسبة للمستقبل . فيحكم القاضى بمبلغ من المال عن كل مخالفة قد تقع مثل الحكم بغرامة تهديدية على الممثل الذى يقوم بالتمثيل على المسرح الذى تعهد بالامتناع عن التمثيل فيه .

كما يجوز الحكم بها فى حالة الالتزام بعمل اذا كان من الضرورى أن يقوم المدين بالتنفيذ العينى بنفسه . كما فى الالتزام بتقديم حساب أو مستندات . أو فى الالتزام بتسليم شئ اذا كان مكان هذا الشئ معروفا للمدين وحده . أما اذا كان فى الامكان الحصول على التنفيذ العينى دون حاجة إلى تدخل المدين . فلا يجوز اللجوء إلى وسيلة

الغرامة التهديدية . بل نلجأ إلى وسيلة التنفيذ المباشر . وقد جرى المشرع الفرنسى على إمكان الإلتجاء إلى الغرامة التهديدية فى نطاق الإلتزامات غير المالية [1] مثل تنفيذ الحكم بالزام الزوجة بالعودة إلى منزل الزوجية . وتنفيذ الحكم ضد أحد الوالدين بتسليم الطفل لمن له الحق فى الحضانه . أما فى القضاء المصرى يطبق الغرامة التهديدية ضد مصلحة الضرائب فى حالة امتناعها عن تقديم ملف الممول .

ثالثا : الا يكون فى الحكم بالغرامة التهديدية مساس بالحق الأدبى للمؤلف :

هذا الشرط خاص بنوع معين من الحقوق هو الحق الذهنى أى حق المؤلف . فمن المعلوم سلفا أن للمؤلف وحده الحق فى نشر مصنفه العلمى . وهو صاحب الحق فى تقدير ملاءمة النشر من عدمه . ولايكون للناشر الذى يتعاقد مع المؤلف أن يجبره على نشر هذا المصنف . كما لايجوز الالتجاء إلى القضاء لحمله على التسليم . اذ أن فى ذلك اعتداء على حقه الأدبى . ولايكون أمام الناشر سوى المطالبه بالتعويض مباشرة فقط[2] .

اثر توافر هذه الشروط :

اذا توافرت هذه الشروط ليس هناك وجوب على القاضى الحكم بها

---

(١) راجع تفاصيل ذلك د/ البدراوى ، المرجع السابق ص ٤٢ .
(٢) راجع حق المؤلف تفصيلا القانون ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ فى شأن الملكية الفكرية .

وانما رخص المشرع للقاضى بجواز الحكم بالغرامة التهديدية وطلب الحكم بالغرامة التهديدية يجوز ابداؤه فى أية حالة كانت عليها الدعوى حتى أمام محكمة الاستئناف . وقد اختلف الفقه فى مدى الحكم بالغرامة التهديدية من تلقاء نفس المحكمة . فذهب البعض[١] إلى أنه لايجوز الحكم بها الا بناء على طلب الدائنين . بينما ذهب البعض الآخر إلى جواز ذلك [٢] والحكم بالغرامة التهديدية بواسطة جميع جهات القضاء [٣] . وهذه السلطة الجوازية للقاضى هى سلطة تقديرية لايخضع فيها القاضى لرقابة محكمة النقض . أما تقدير القاضى لتوافر أو عدم توافر شروط الحكم بالغرامة التهديدية . فهو يخضع فيها للرقابة لأن هذه المسألة تعتبر من مسائل القانون .

خصائص الحكم بالغرامة التهديدية :

يتميز الحكم بالغرامة التهديدية بخصائص ثلاث : حكم تهديدى - غير محدد المقدار - ومؤقت وسوف نعرض لذلك تفصيلا فيما يلى :

اولا : الحكم بالغرامة التهديدية هو حكم تهديدى :

لما كان الغرض من الغرامة التهديدية هو مواجهة حالة التمادى والاصرار الذى يبديه المدين عندما يمتنع عن تنفيذ الالتزام فإن القاضى

---

(١) راجع د/ السنهورى جـ ٢ بند ٤٥١ ص ٨١٢ .
(٢) راجع د. / اسماعيل غانم المرجع السابق ص ٢٨ .
(٣) راجع د/ البدراوى المرجع السابق ص ٤٣ .

يحكم عادة بمبلغ كبير من المال لايتناسب اطلاقا مع الضرر الذى يصيب الدائن من جراء تأخير المدين فى التنفيذ . فالمحكمة هنا لاتبحث فى مقدار الضرر الذى أصاب الدائن . وانما هى تراعى قدرة المدين المحتملة على المقاومة . وهنا يختلف الحكم بالغرامة التهديدية عن الحكم بالتعويض . فالتعويض لابد أن يكون على قدر الضرر . وهذا هو المعيار الوحيد الذى يجب الاستناد اليه للوقوف على ما اذا كنا بصدد تعويض أم غرامة تهديدية . فتقدير القاضى للغرامة التهديدية هو تقدير تحكمى . ويترتب على تحديد ما اذا كنا بصدد تعويض أم غرامة تهديدية .هو أنه لايجوز للقاضى المستعجل الحكم بالتعويض لأن التعويض يجب أن يترك لقاضى الموضوع [١].

ثانيا الحكم بالغرامة التهديدية غير محدد المقدار :

لما كان الحكم بالغرامة التهديدية لايجوز تنفيذه باعتباره واجب التنفيذ لأن الغرامة لاتعتبر دين محقق فى ذمة المدين كما سبق القول أن الغرامة التهديدية تتحدد عن فترة يتأخر فيها المدين عن الوفاء . ولذلك فلا يمكن فى يوم صدور الحكم معرفة مقدارها لأن مجموع الغرامة يرتفع مع كل يوم أو شهر أو أسبوع يمضى دون أن يقوم المدين بالتنفيذ . ومن ثم فيجب على المدين الانتظار حتى التصفية النهائية . حتى يعاد النظر

(١) راجع نقض مدنى ١٩٧٣/٢/٩ الطعن ٢١٤ ص ٩١٢ .

فيها وينفذ بالمبلغ الذى يحكم به القاضى كتعويض عن التأخير أو عن التنفيذ على حسب الأحوال [١].

ثالثا : الحكم بالغرامة التهديدية حكم وقتى : "provisoire"

تتضح هذه الخاصية طبقاً للوارد فى المادة ٢/٢١٣ مدنى التى جاء نصها " اذا رأى القاضى أن مقدار الغرامة ليس كافيا لاكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يزيد الغرامة كلما رأى داعيا للزيادة ".

يفهم من هذا النص أن مصير الغرامة التهديدية يتوقف على التصفية النهائية حسب الموقف الذى يبديه المدين . فإذا أصر المدين على الامتناع عن التنفيذ . فيجب على القاضى أن يعيد النظر فيما حكم به .فيقدر التعويض الواجب عن عدم التنفيذ مراعيا فى ذلك ما أصاب الدائن من ضرر وما أبداه المدين من تعنت . أما اذا كان المدين قد رضخ وقام بالتنفيذ . فإنه سيطلب من القاضى أن يحط عنه الغرامة التهديدية ولن يحكم عليهالا بالتعويض عن التأخير فى التنفيذ وهو بطبيعة الحال أقل من مقدار الغرامة التهديدية [٢].

نظرة تقديرية لنظام الغرامة التهديدية :

بعد القاء الضوء على هذا النظام على النحو السالف بيانه يجدر

---

(١) راجع د/اسماعيل غانم المرجع السابق ص٣٠ .

(١) راجع د/ محمد على عمران ، المرجع السابق ص٢٦-٢٨ ،

بناء أن نلقى الضوء على مدى جدوى هذا النظام سواء من حيث الواقع التطبيقى أو من حيث عدالته .

١ - من حيث الواقع التطبيقى :

يقصد بالواقع التطبيقى المجال العلمى . فالحكم بالغرامة التهديدية هو من السلطة التقديرية لقاضى الموضوع حتى ولو توافرت شروط الحكم بها . ويلاحظ أن المشرع المصرى كفل وجوب تقوية نظام الغرامةالتهديدية فأوجب على القاضى عند تصفية الغرامة التهديدية واعادة مقدار ماأصاب الدائن من ضرر بسبب عدم التنفيذ أو التأخير فى التنفيذ وكذلك العنت الذى بدأ من المدين . وبذلك يكون المشرع كفل لهذا النظام قوته الرادعه [١]. واذا أريد لهذا النظام أن يؤدى غرضه المنشود يجب ألا يكثر اللجوء اليه طالما أن مصير الحكم بالغرامة التهديدية مصيره فى نهاية الأمر إلى التصفيه . كما يجب الا يغالى القاضى فى تقدير المبالغ الذى يحكم بها . لأن المدين فى التصفية النهائية عندما يشعر بانخفاض المبلغ الذى يلزم به عن الذى صدر به الحكم بالغرامة قل احترامه لأحكام القضاء .

---

(١) راجع د/ البدراوى ، المرجع السابق ص٤٨ .

٢ – من حيث عدالة هذا النظام :

اعترض البعض [١] على هذا النظام بالقول أنه يتنافى مع قواعد العداله حيث أنه يؤدى إلى حصول الدائن على مبالغ تزيد عن حقه . فالقاضى يراعى فى تقديره للتعويض مقدار العنت الذى بدآ من المدين . الا أن هذا الاعتراض مردود عليه . أن مراعاة القاضى للعنت وزيادة المبلغ للتعويض ليس الا تيسير للقاضى عندما يحدد درجة الخطأ الصادر من المدين فخطأ المدين هو خطأ عمدى فلا غرابة فى الأمر أن يراعى القاضى ذلك عند تقدير التعويض .

(١) أنظر ريبير وبلانيول – veill بحث فى الاعذار والتعويض عن عدم التنفيذ المجلة الاقتصادية ١٩٣٩ ص ٢٠٣ .

الفصل الثانى

التنفيذ بمقابل

(بطريق التعويض)

تمهيد :

التنفيذ بمقابل أو بطريق التعويض هو طريق يلجأ اليه الدائن عندما لايجدى معه بالتنفيذ العينى للالتزام . وقد سبق أن عرضنا لحالات يتم فيها اللجوء إلى التنفيذ بطريق التعويض وهى : اذا كان التنفيذ العينى ممكنا ولم يطلبه الدائن ولم يعرضه المدين . واذا كان التنفيذ العينى غير ممكن أو غير ملائم الا اذا صدر عن المدين شخصياً ، واذا كان التنفيذ العينى ممكنا ولكن فيه ارهاق للمدين .

- واذا أصبح التنفيذ العينى مستحيلا بخطأ المدين . والتنفيذ بطريق التعويض له ثلاثه طرق هى : التعويض القضائى - التعويض الاتفاقى - التعويض القانونى . ولكن المشرع أوجب الاعذار كاجراء ضرورى فى المطالبة بالتعويض فى هذه الحالات الثلاث السابقة . وسوف تأتى دراستنا فى هذا الفصل على النحو التالى :

المبحث الأول

الأعـــذار

"la mise en demeure"

١ - معنى الأعذار وحكمته :

أوجب المشرع فى المادة ٢١٨ مدنى . التى جاء نصها " لايستحق التعويض الا بعد اعذار المدين مالم ينص القانون على غير ذلك " من هذا النص يتضح ضرورة سبق المطالبة بالتعويض اعذار المدين بذلك من جانب الدائن . ويقصد بالاعذار فى اللغة القانونية وضع المدين فى وضع قانونى معين هو وضع المتأخر فى تنفيذ الالتزام ان لم يقم به بالوفاء على فور الاستحقاق [1] فلا يكفى مجرد استحقاق الأداء للالتزام لجعل المدين معذرا . لأن الدائن ليست له مصلحة عاجلة فى أن يتم التنفيذ على الفور . وأنه فى استطاعته الانتظار بغير ضرر يصيبة . ولذلك اذا سكت الدائن عن المطالبة بالتنفيذ بعد أن حل أجل الوفاء بالالتزام . كان للمدين أن يحمل سكوته محل التسامح والرضاء بارجاء التنقيذ وقد ذهب بعض الفقهاء الى أن حكمة سبق التعويض بالاعذار [2] هو اعتبارات اللياقة التى تتمثل فى التنبيه بعزم الدائن على اتخاذ

---

(١) انظر ريبير وبلانيول -- veill بحث فى الاعذار والتعويض عن عدم التنفيذ - المجلة الاقتصادية ١٩٣٩ ص٢٠٣ .

(٢) راجع د/ البدراوى ، المرجع السابق ص٥٣ .

اجراءات عنيفه ضد المدين . ومن جهة ثانية . لقد جرى العمل على وجود قدر من التسامح فى علاقة الدائن مع المدين . ولذلك قدر المشرع أنه مادام الدائن لايشكو من عدم قيام المدين بالتنفيذ فى موعده فإنه لايتضرر من هذا التأخير . لكن فى الوقت الحاضر أصبحت هذه الاعتبارات لاتتفق مع مقتضيات العصر الحديث مما دعى الكثير من التشريعات على اعتبار مجرد حلول الأجل بمثابة اعذار للمدين [١].

٢ - شكل الاعذار واجراءاته :

أوضح المشرع كيفية الاعذار فى المادة ٢١٩ مدنى التى جاء نصها " يكون اعذار المدين بانذاره أو بما يقوم مقام الانذار . ويجوز أن يتم الاعذار عن طريق البريد على الوجه المبين فى قانون المرافعات كما يجوز أن يكون مترتبا على اتفاق يقضى بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أى اجراء آخر " .

من هذا النص يتضح أن الاعذار يتم بورقة رسمية هى الانذار الرسمى على يد محضر أو مايقوم مقامه . ويجوز أن يتم عن طريق البريد على الوجه المبين فى قانون المرافعات . فالانذار الرسمى هو ورقة من أوراق المحضرين يوضح فيها الدائن رغبته المكتوبة فى تنفيذ المدين للالتزام . ثم يقوم المحضر بتسليم صورة من هذا الانذار إلى المدين فى

(١) راجع المادة ٢٨٤ المانى - والمادة ١٠٢ السويسرى مشار اليها فى د/ البدراوى السابق ص٥٤ .

موطنه أو لشخصه طبقا للقواعد العامة فى قانون المرافعات . وقد أشار المشرع فى عجز النص إلى جواز اتمام الاعذار بطريق البريد . ويجب التنوية هنا أنه لايقصد بذلك أن يقوم الدائن بنفسه بارسال خطاب مكتوب إلى المدين يطلب منه الوفاء بالالتزام . ولكن يقصد بذلك أن المشرع أجاز للمحضر فى بعض الأحوال (المادة ١٥ مرافعات ارسال صوره الانذار إلى المدين بطريق البريد مع علم الوصول. ونشير إلى أن قانون المرافعات الجديد رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ المعدل قد ألغى هذه الطريقة .ومن ثم نناشد المشرع بالعدول عن هذه الفقرة ونرى أن الاجراء الذى يتم به الاعذار هو بالانذار الرسمى على يد محضر . وقد تقوم مقام الانذار أى ورقة رسمية يتضح منها أن الدائن يعزم على المطالبة بالتنفيذ وذلك بشرط أن تكون معلنه للمدين من ذلك اعلان السند التنفيذى الذى يسبق التنفيذ اعمالا للمادة ٤٦٠ مرافعات . وصحيفة الدعوى التى تكلف المدين بالحضور أمام المحكمة حتى ولو كانت غير مختصة بالنزاع أو كانت صحيفة باطلة [١]. أما الأوراق غير الرسمية التى لاتقوم مقام الانذار فى المسائل المدنية حتى ولو كانت خطاباً مسجلا أو برقية تلغرافية تحمل تاريخا ثابتا[٢] وهذا كله لايتعلق بالنظام العام فيجوز لطرفى الخصومة الاتفاق على غير ذلك . فيجوز من ثم الاتفاق فيما

---

(١) راجع د/ اسماعيل غانم ، المرجع السابق ص٦٧ .

(٢) راجع د/ البدراوى . المرجع السابق ص ٥٥ .

بينهما على الاكتفاء للاعذار بخطــاب غير مسجل أو حتى باخطار شفوى . وفى المسائل التجارية يختلف الأمر فيكتفى بالاخطار الشفوى للاعذار طبقا للعرف التجارى . وفى كلتا الحالين سواء في المسائل المدنية أو التجارية يجب أن تتضح رغبة الدائن الأكيدة فى عزمه على المطالبة بالتنفيذ ، ومما لاشك فيه أن استخلاص هذه الرغبة وإرادة الدائن فى المطالبة بالتنفيذ هو من ا لسلطة التقديرية لقاضى الدعوي بعيدا عن نطاق الرقابة القضائية لمحكمة النقض .

الحالات المستثناة من الاعذار :

باستعراض الاحوال التي استثنى منها المشرع الدائن من وجوب القيام بالاعذار يبين أن منها ما يرجع الى الاتفاق ومنها ما يرجع الى نص القانون سواء فى الأحوال العادية أو الخاصة وسوف نعرض فيما يلى لهذه الحالات المعفاة من الاعذار .

أ - الاعفاء الاتفاقى من الاعذار :

سبق أن ذكرنا أن قاعدة وجوب الاعذار ليست من النظام العام ، فهى مقررة لصالح المدين وحده . ولذلك لايجوز للمدين الاحتجاج بعدم حصول الاعذار لأول مرة أمام محكمة النقض[1] ومن ثم فقد أجاز نص المادة ٢١٩ مدنى الاتفاق على أن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة الى إجراء آخر . وهذا الاتفاق قد يكون صريحا وقد

---

(١) راجع ديباج ج ٣ فقرة ٧٩.

يكون ضمنيا يستخلصه القاضى من ظروف العقد طبقا للقواعد العامة فى التفسير . من ذلك مثلا فى عقود المقاولة إذا كان رب العمل قد أوجب على المقاول أن يتم العمل المطلوب فى التاريخ المحدد ، أو الاتفاق فى عقد التوريد على اشتراط أن يتم التسليم فورا . وفى حالة وجود شك فى وجود اتفاق على الاعفاء من الاعذار يجب تفسير هذا الشك لصالح المدين طبقا للمادة ١/١٥١ مدنى . ولذلك لايكفى الإتفاق على أن يكون الوفاء فى موطن الدائن [١]، أو أن يتفق على شرط جزائى يلتزم به المدين اذا تخلف عن الوفاء أو تأخر فيه . بل يكون الاعذار واجبا الا اذا كان هناك اتفاق واضح على هذا الاعفاء [١].

٢ - الاعفاء القانونى من الاعذار :

جاء النص على ذلك فى المادة ٢٢٠ مدني فقرات أ ، ب ، ج ، د ، أى أن هناك أحوال أربعة هى :

أ - إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين:

لما كان الاعذار هو دعوة الى المدين للقيام بالتنفيذ فإذا أصبح التنفيذ مستحيلا بفعل المدين . فلا يكون هناك ثمة داع للاعذار . فيعد

(١) مازو ج ٣ فقرة ٢٢٨ يوجه نقد الى استقلال قواعد الاعذار عن قواعد تحديد المكان للوفاء، فالاعفاء من الاعذار لايعفى الدائن من السعى الى موطن المدين . فالاتفاق على كون الدين محمولا لايعفى من الاعذار . مشار اليه فى د. اسماعيل غانم ص ٩٦ هامش رقم ٢ .

المدين مسئولا فى هذه الحالة عن نتائج عدم التنفيذ دون حاجة للاعذار . أما اذا استحال تنفيذ الالتزام بسبب أجنبى عن المدين فان الالتزام ينقضى بقوة القانون ، ولايكون المدين فى هذه الحالة مسئولا بأى تعويض . ومن ذلك مثلا أن يبيع البائع المنقول الى مشتر ثان يحوز بنية التملك طبقا لقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية . وكذلك لا ضرورة للاعذار اذا أصبح تنفيذ الالتزام غير مجد بفعل المدين ، ومن ذلك لو تعهد مقاول باقامة بناء للعرض فى معرض . ولم يقم المقاول بالبناء الى أن تم فتح المعرض . فلا فائدة من اعذار المقاول .

ب - إذا كان محل الالتزام تعويض ترتب على فعل غير مشروع :

يقصد الاعفاء من ضرورة الاعذار أن العمل غير المشروع هو اخلال بالتزام الشخص باتخاذ الحيطة والحذر لعدم الاضرار بالغير . فمتى أخل الشخص بهذا الالتزام وأضر الغير . فليس هناك مايدعو الى القيام بالاعذار . فالاعذار غير متصور فى الالتزامات غير التعاقدية [1]، إذ هى تنشأ ويسأل عنها المدين بمجرد نشوئها . وقد علق بعض الفقهاء على ذلك أن هذا التفسير معيب ولايتفق مع عبارة نص المادة ٢٢٠/ب فالالتزام الذى نص المشرع على اعفاء الدائن من الاعذار ليس "الالتزام" باتخاذ الحيطة منعا للاضرار بالغير . وهو فى واقع الأمر لاينطبق عليه

---

(١) راجع د. اسماعيل غانم ، المرجع السابق ص ٩٩.

وصف الالتزام بالمعنى الدقيق ، وإنما هو الالتزام بتعويض الضرر الناتج عن الخطأ وبالنسبة لهذا من المتصور أن يدعو الدائن المدين الي القيام به . والاعذار فيه اذن ليس مجردا من معناه . ولكن لما كان المدين مقصرا من يوم نشوء التزامه . فمصدر الالتزام هو ارتكاب خطأ سبب ضررا . فقد رأي القانون فى ذلك سببا كافيا للاعفاء من الاعذار[1].

ج - إذا كان محل الالتزام رد شئ يعلم المدين أنه مسروق أو تسمله دون وجه حق مع علمه بذلك :

طالما ان أساس الالتزام هنا هو الإثراء بدون سبب ، فلا يعقل أن يحتاج الأمر إلى اعذار السارق برد الشئ المسروق . أو اعذار من تسلم شيئا بدون وجه حق وهو يعلم بذلك فهو فى كلتا الحالتين سئ النية ، ويلتزم بالرد أو بالتعويض دون حاجة للاعذار . ولذلك رأى المشرع حرمان هذا المدين سئ النية من ضمان الاعذار[2].

د - إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد تنفيذ التزامه :

من المحقق بعد هذا التصريح أن المدين لن يقوم بالتنفيذ فلا جدوى من ثم للاعذار . ويشترط أن يكون هذا التصريح مكتوبا كما ورد فى عجز النص . على أن انتفاء ضرورة الاعذار تكون من وقت التصريح من

---

(١) راجع د. البدراوى ، المرجع السابق ، ص ٥٩ .

(٢) راجع المذكرة الايضاحية الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٥٦١.

المدين . فاذا عاد الى تنفيذ التزامه بعد هذا التصريح الكتابى كان مسئولا عن التعويض لتأخره فى تنفيذ الالتزام . فالفترة السابقة على التصريح لايستحق عنها تعويض عن التأخير . ولا عبرة بالتصريح الشفوى أمام شهود . لأن المشرع اشترط التصريح كتابة . والكتابة هنا للاثبات [١]، على أنه يجب أن يلاحظ أن الكتابة فى هذه الحالة لاتقتصر دورها على مجرد اثبات واقعة التصريح . بل يقصد بها أيضا اثبات جديته . فقد يندفع المدين فى ظرف من الظروف الى القول أنه لن ينفذ الالتزام دون أن يكون لهذا التصريح جدية كافية وكان القضاء يجرى على أن اعلان المدين اصراره عى عدم التننفيذ كاف للاعفاء من الاعذار دون اشتراط الكتابة [٢].

الاستغناء عن الانذار فى حالات خاصة :

لقد نص المشرع على حالات خاصة متفرقة فى التقنين المدنى المصرى الجديد منها ماورد فى المادة ٢/٧٠٦ مدنى التي تلزم الوكيل بفوائد المبالغ التي استخدمها لصالحه من وقت استخدامها . وما نص عليه فى المادة ٧١٠ مدنى التي تلزم الموكل بأن يرد للوكيل ما أنفقه فى تنفيذ الوكالة مع فوائد هذه المبالغ من يوم اتفاقها. وكذلك المادة ٢٢٦ مدنى التي توجب استحقاق الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية

(١) راجع د./ السنهورى ، الوسيط ، ج ٢ بند ٤٦٦.
٢) راجع نقض مدنى ١٩٤٧/٥/١٥ مجموعة عمر ، ج ٥ ص ٤٣٥ رقم ٢٠٠.

بهـا . والمـادة ١٩٥ مـدنى التي تلزم رب العـمل بأن يؤدى للفـضـولى النفقات الضرورية والنافعة مضاف اليها الفوائد من يوم دفعها . والمادة ٥١٠ مدني التي تلزم الشريك الذى يقدم حصته مبلغا من النقود ولم يقدمه أن يدفع الفوائد من وقت الاستحقاق من غير حاجة الى مطالبة قضائية أو اعذار . والمادة ٥٢٢ مدنى التي تلزم الشريك الذى يحتجز مـبلغـا من مـال الشركـة . أن يدفع فـوائد هذا المبلغ من يوم أخـذه أو احتجازه بغير حاجة الى مطالبة قضائية أو اعذار . والمادة ٨٠٠/٣ التي تعطى الحق للكفيل فى الفوائد القانونية عن كل ماقام بدفعه ابتداء من يوم الدفع . وكذلك المادة ٤٦٨ مدنى التي تعطى الحق للبائع فى حالة تخلف المشترى عن دفع الثمن . أن يكون البيع مفسوخاً دون حاجة الى اعذار . والى غير ذلك من الحالات . وقد ذهب بعض الفقهاء الى القول أن هناك حالتين لم ينص عليهما المشرع ولكن طبيعة الأشياء توجب اعفاء الدائن من الاعذار بينهما وهاتين الحالتين هما : الحالة الأولى : اذا صرح المدين أنه لايجهل حلول أجل الالتزام وما يصيب الدائن من ضرر بسبب التأخير عن الوفاء به ، وأنه يبذل جهده فى سبيل التنفيذ . فلا معنى لاشتراط الاعذار فى هذه الحالة . إذ أن ضرورة الاعذار انما تقوم على اعتقاد المدين أن الدائن لن يصيبه ضرر من التأخير وأنه لذلك قد تسامح مؤقتا فى اقتضاء التنفيذ . والحالة الثانية : اذا كان من المستحيل على الشخص العادى إذا وجد فى موقف الدائن أن يقوم

بالاعذار وبصفة خاصة اذا كانت الاستحالة راجعة الى خطأ المدين [١].

النتائج القانونية التي تترتب على الاعذار:

يترتب على الاعذار النتائج التالية :

١ - استحقاق الدائن التعويض عن جميع الأضرار الذى تلحقه بعد ذلك من جراء التأخير فى التنفيذ :

أما فى الفترة السابقة علي الاعذار فلا يحق للدائن المطالبة بالتعويض عن التأخير فى التنفيذ . هذا ويلاحظ أنه اذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود فإن المدين لايلزم بفوائد التأخير وفقا للقانون الا من يوم المطالبة القضائية بهذه الفوائد .

٢ - إمكان مطالبة الدائن بفسخ العقد التبادلى بسبب عدم قيام الطرف الآخر بتنفيذ التزامه :

فقد نصت المادة ١٥٧/١ مدنى علي أنه " فى العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الاخر بعد اعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض فى الحالتين ان كان له مقتضى " . وذلك مالم يتفق على استبعاد الاعذار كما ورد فى المادة ١٥٨ مدنى .

---

(١) راجع د. اسماعيل غانم المرجع السابق ص ١٠٢ هامش ٣ .

٢ - انتقال تبعة الهلاك من الدائن الى المدين :

القاعدة العامة أن هلاك الشئ على مالكه ولو كان الشئ محلا لالتزام بالتسليم . وسواء كان المالك مدينا في هذا الالتزام بتسليم العين الى المستأجر عند بدأ الايجار . فلو هلكت العين المؤجرة بين يدى المستأجر وهو مدين عند انتهاء الايجار . ولكن من شأن الاعذار نقل تبعة الهلاك الى المدين نظرا لأن المدين لو كان قد قام بالتنفيذ بمجرد الاعذار وسلم الشئ للدائن . لما هلك الشئ بهذا الحادث وتفصيل ذلك أن الأصل فى هلاك الشئ بقوة قاهرة يتحمل المالك تبعته ولا يستثنى من هذا الأصل سوى حالات معدودة أهمها حالتان :

الحالة الأولى : خاصة بالعقود الملزمة للجانبين أن كانت ناقلة للملكية . إذ أن تطبيق قواعد تبعة العقد الملزم للجانبين يؤدى الى جعل هلاك الشئ علي المدين بالتسليم . ولو كان قد أصبح غير مالك ، بأن كانت الملكية قد انتقلت الى الطرف الآخر تنفيذا للالتزام بنقل الملكية . ذلك أن انقضاء الالتزام بالتسليم نتيجة لاستحالة تنفيذه بهلاك الشئ يؤدى حتما الى انقضاء التزام الطرف الآخر بأداء المقابل .

الحالة الثانى : هى حالة الحائز سئ النية . فى كل الأحوال سواء

كان الحائز سئ النية أو حسن النية وهو مدين برد الشئ الى مالكه . فإذا هلك الشئ بقوة قاهرة كان الهلاك على المالك أن كان الحائز حسن النية . أما إذا كان سئ النية فإن المشرع فى المادة ٦٨٤ مدنى نص على أنه " يكون مسئولا عن هلاك الشئ أو تلفه ولو كان ذلك ناشئا عن حادث مفاجئ . إلا اذا ثبت أن الشئ كان يهلك أو يتلف ولو كان باقيا فى يد من يستحقه [١].

(١) راجع د. اسماعيل غانم ، المرجع السابق ص ١٠٣.

المبحث الثانى

التعويض القضائى

تمهيد

لما كان مناط المسئولية المدنية سواء كانت عقدية أم تقصيرية هو ارتباطها بالتعويض . فإن الأمر يوجب بيان عناصر هذه المسئولية المدنية لكي يمكن المطالبة بالتعويض . ومن هنا يمكن القول أن أركان المسئوليتين واحدة : الخطأ - الضرر - علاقة السببية بين الخطأ والضرر . ولما كانت هذه الأركان مجال بحثها هو مصادر الالتزام ومن ثم فلا نعرض لها وإنما تأتى أحكام التعويض القضائى على النحو التالى:

أولا : عناصر التعويض القضائى :

يتضح من مطالعة نص المادة ٢٢١ مدني التي جاء نصها " إذا لم يكن التعويض مقدرا فى العقد أو بنص القانون . فالقاضى هو الذى يقدره . ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخير فى الوفاء به . ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام إذا لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول " أن للتعويض عنصران: الأول هو : ما أصاب الدائن من خسارة وما فات عليه من كسب ، ومثال

ذلك . إذا تعاقد شخص مع تاجر على تسليمه كمية من البضائع وتم دفع الثمن فى ميعاد متفق عليه فيما بينهما ثم تخلف عن التسليم فى الميعاد المتفق عليه فهنا يستحق التاجر المشترى ما لحقه من خسارة متمثلا في قيمة البضائع المتعاقد علي تسليمها وكذلك مافاته من كسب أى الربح الذى كان يعود عليه عند اعادة البيع . وذهب بعض الفقهاء الى القول[١] أن حرمان الدائن من الانتفاع بالشئ يدخل فى نطاق الخسارة التي تلحقه . ومن ثم اذا لم يلحق الدائن أية خسارة أو لم يفوت عليه كسب ما فلا محل اذن للتعويض . لأن استحقاق التعويض مشروط بوجود ضرر .

ثانيا : طريقة التعويض :

القاضى عندما يحكم بالتعويض قد يكون هذا التعويض عينى . وقد يكون أيضا تعويضا نقدياً . وبالرجوع الى نصوص التعويض الواردة فى الباب الخاص بآثار الالتزام لانجد فيها ما يحتم بأن يكون التعويض نقدا . فالقاعدة العامة [٢]، توجب الحكم على المدين بالتعويض دون أن تحدد طريقة هذا التعويض . وقد أوكل المشرع قاضى الموضوع تقدير هذا التعويض فى المادة ٢/١٧١ مدني التي نصت على " يقدر القاضى التعويض بالنقد على أنه يجوز للقاضى تبعا للظروف وبناء على طلب

---

(١) راجع د. البدراوى ، المرجع السابق ص ٦٥ .

(٢) راجع نص المادة ٢١٥ مدني .

المضرور أن يأمر باعادة الحالة الى ماكانت عليه أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع وذلك على سبيل التعويض " .

ولما كان هذا النص خاصا بالمسئولية التقصيرية فلا مانع من تطبيقه بطريق القياس [١]، في كل الأحوال التي تعني الاخلال بالالتزام بالمعني الفنى . وأول ما يلاحظ على هذا النص أنه جعل من التعويض النقدى هو الأصل فى التعويض . فاذا طلبه المضرور لايجوز للقاضى الحكم بالتعويض العينى حتى ولو عرض المسئول ذلك . واذا طلب المضرور الحكم بتعويض عينى فليس حتما أن يجيبه القاضى الى طلبه . فالنص صريح فى أن الأمر جوازى للقاضى للقاضى . فيجوز له أن يقدر تبعا للظروف ما اذا كان طريق التعويض العينى مناسبا أم غير مناسب . وقد يرى القاضى ببساطته ويحسم النزاع . أما التعويض العينى فقد يكون فى بعض الأحوال مثاراً للنزاع . ومثال ذلك أن يلزم القاضى المدين بأن يقدم على سبيل التعويض اصلاح الشئ الذى تسبب فى تلفه . فقد يثور النزاع فيما بعد بين المدين والدائن . فيدعى المدين انه قام بما أمر به . ويدعى الدائن أن ماتم من اصلاح لم يكن كافيا . كما أن التعويض النقدى يستطيع الدائن الحصول عليه بسهولة عن طريق التنفيذ الجبرى على أموال المدين . بخلاف التعويض العينى الذى يتطلب تدخل المدين شخصياً فى تنفيذه وقد ينتهى الأمر فى حالة اصرار المدين على

(١) راجع د . اسماعيل غانم ، المرجع السابق ص ١١٠.

عدم تنفيذه الى الحكم عليه بالتعويض النقدى [١]، وللقاضى وهو يباشر هذه السلطة التقديرية لايخضع لنطاق الرقابة القضائية لمحكمة النقض .

ثالثا : التقدير القضائى للتعويض

يقصد بالتقدير القضائى للتعويض حدود هذا التعويض ونطاقه فالمبدأ العام هو أن التعويض يجب أن يكون جابرا للضرر بقدر الامكان لكل ضرر أصاب الدائن . الا أن هذا المبدأ مقيد بقيدين هما :

الأول : أن التعويض يجب أن يكون عن الضرر المباشر فقط .

الثانى : قصر التعويض فى المسئولية العقدية على الضرر فقط المتوقع.

وسوف نعرض تفصيلا لذلك على النحو التالى :

أ - التعويض عن الضرر المباشر :

يتضح من نص المادة ٢٢١ مدنى الذى سبق ايضاحة أن التعويض لابد أن يكون عن الضرر المباشر فقط . وهو ما يستدل عليه من النص " بشرط أن يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالإلتزام أو للتأخير فيه . ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية اذا لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول " ، ومعني ذلك أن الأضرار التي يلتزم المدين بالتعويض عنها هى تلك التى تعتبر نتيجة مباشرة لعدم الوفاء أو

---

(١) انظر ريبير فى المجلة الاقتصادية ١٩٢٦ ص ٢٦ ومابعدها .

التأخير فيه . ويقصد بالضرر المباشر هو ذلك الضرر الذى يعتبر نتيجة طبيعية اذا لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوفاه ببذل جد معقول . وهذا الأمر يفترض تسلسل الأضرار ولابد من الوقوف عند حد معين يسأل عنه المدين . ولذلك جاء المشرع حريصا على قطع هذا التسلسل وجعل التعويض قاصرا على الضرر المباشر فقط دون غيره المباشر . ولنضرب مثالا لتحديد هذا الضرر المباشر فقد تتعهد شركة للآلات الزراعية بتوريد آلات رى لصاحب ضيعة كبيرة كان قد قام بحفر آبار ارتوازية يستخرج منها الماء بواسطة هذه الآلات المتعاقد عليها ثم حدث أثناء شحن هذه الآلات فى احدي القطارات أن تلفت أثناء نقلها ، وتعذر على صاحب الأرض الانتفاع بالآبار التي كانت معدة لتركيب هذه الآلات عليها ، فتلفت زراعة صاحب البئر . وكان قد تعهد برى أطيان جيرانه فلم يستطع ذلك . فقام هؤلاء الجيران بمطالبته بالتعويض . فالضرر المباشر هنا هو تلف الآلات التي شحنت على القطار فى حدود مسئولية الناقل أما باقى الأضرار فهى أضرار غير مباشرة كان يتعين على صاحب الأرض أن يلجأ الى البديل لطرق الري الأخرى . فهذا الضرر هو الذى يعتبر من وجهة نظر القانون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخير فيه . وهو يكون كذلك اذا لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوفاه ببذل جهد معقول . وبشئ من الوضوح أن السير الطبيعى للأمور يوجب أن يقوم الدائن ببذل جهد معقول ليتوفى تعاقب الأضرار . وليس معقولا

أن يترك الأمور تنتقل من سئ الى أسوء لمجرد أن مدينه قد أخل بالتزامه وهذا المبدأ العام يتعين مراعاته عند التعويض عن الضرر المباشر سواء فى مجال المسئولية العقدية أم التقصيرية .

ب - التعويض عن الضرر المتوقع فى المسئولية العقدية استثناءا غير المتوقع :

القاعدة العامة فى المادة ٢٢١ مدنى " ومع ذلك اذا كان الالتزام مصدره العقد فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطئا جسيما الا بتعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد" . أن التعويض فى مجال المسئولية العقدية يكون عن الضرر المتوقع فقط على خلاف الحال في المسئولية التقصيرية . فيجب أن يكون المدين قد توقع الضرر ليس فقط فى سببه بل وفى مداه [١]. والعبرة فى موقع الضرر يكون وقت العقد . فاذا كان الضرر متوقعا وقت العقد ثم صار متوقعا فيما بعد فلا يسأل المدين عن تعويضه . وتحديد ما اذا كان الضرر متوقعا أم غير متوقع هو معيار موضوعى . فالعبرة بالظروف المعتادة للرجل العادى وليس المدين ذاته ولنضرب أمثلة توضح ذلك . لو أودع شخص سيارته فى جارج مخصص لايواء السيارات ووضع بداخل هذه السيارة حقيبة بها مجوهرات نفيسة . ثم سرقت هذه السيارة فقط

---

(١) راجع د. البدراوى - ص ٧٣ ، ونقض مدني ١٩٧٠/٣/٣١ - السنة ٢١ ص ٥٣٨.

دون المجوهرات الا اذا كان صاحب السيارة قد نبه المسئول عن الجراج لذلك . أو أن يجرى طبيب عملية لمغنى وترتب علي هذه العملية أن فقد المريض صوته . فلا يسأل الطبيب الا عن الضرر الذى يصيب الناس عامة من فقد الصوت . ولا يسأل عن الضرر الزائد الذى أصاب المريض المغنى وخصوصا اذا كان يجهل الطبيب أنه مغنى .

استثناء على القاعدة العامة :

يتضح من هذا الاستثناء من صياغة النص السابق بمفهوم المخالفة " أن المدين الذى يرتكب غشا أو خطأ جسيما يلتزم بتعويض الأضرار غير المتوقعة " . ويتضح أن هناك حالتين لتعويض الضرر غير المتوقع وهما :

١ - حالة الغش :

اذا تعمد المدين عدم الوفاء بالالتزام أو تأخر فى تنفيذه عمدا فإنه يكون خرج عن أحوال حسن النية وهى القاعدة العامة في التنفيذ ولا مبرر لاقتصاره على المسئولية التقصيرية . هذا فضلا عن أن المذكرة الإيضاحية بالرجوع اليها نجد أنها صريحة فى أن الأصل فى قواعد التقدير القضائى للتعويض أنها لاتختلف باختلاف صور المسئولية [١]. أى يمكن الاعتداد بجسامة الخطأ عند تقدير التعويض . وقد درج

(١) راع د. البدراوى ، المرجع السابق ، ص ٧٥ .

القضاء علي اعتبار جسامة الخطأ عند تقدير التعويض . فعندما يكون الخطأ عمديا فان القاضى يميل الي التشدد نحو المسئول . ويميل الى التخفيف فى حالة الخطأ اليسير . وهكذا يكون للمسئولية المدنية بجانب دورها فى حماية المضرور بالتعويض دور آخر هو فكرة العقوبة الخاصة [١].

ولقد طبق المشرع ذاته هذا الاعتداد فى حالة الحكم بالغرامة التهديدية عند تصفيتها مقررا مراعاة العنت الذى بدا من المدين [٢]، وكذلك مسئولية المتعاقد عن الضرر غير المتوقع فى حالة الغش والخطأ الجسيم .

وقف تقدير الضرر :

لقد ثار خلاف فى الفقه والقضاء علي ما اذا كان الحكم الذى يصدر بتقدير التعويض هو حكم كاشف لهذا الحق أم منشئا له وأهمية هذه المسألة تتوقف على الوقت الذى يعتد فيه القاضى بقيمة التعويض هل وقت وقع الضرر ذاته أم وقت صدور الحكم . فلقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية [٣]رغم معارضة الفقه الى أن الحكم بتقدير التعويض

---

(١) راجع د/ سعيد عبدالسلام ، رسالة دكتوراه القاهرة ١٩٨٨ ، التعويض عن ضرر النفس فى السمئولية التقصيرية ، ص ١٩٢ .

(٢) راجع د. فيصل عبدالواحد ، دروس فى الأحكام العامة للالتزام عام ١٩٩٠ ص ١٤٥.

(٣) راجع نقض مدنى فرنسى ١٩٤٩/١٠/٢٦ جازيت وباليه ١٩٤-١-٢٤٣١.

هو حكم منشئ وليس كـاشف عن الحق فى التعـويض . الا أن هذا المسلك سالف الذكر مسلك خاطئ لأن الحق فى التعويض موجود من قبل رفع الدعوى ومما يقطع فى وجود هذا الحق أنه لو قام المسئول عن الضرر قبل المطالبة القضائية بالتعويض بأداء التعويض للمضرور يعد وفاء صادرا منه . ومن هنا يكون حكم القاضى كاشف عن هذا الحق وليس منشأ له . ولكن جوهر الالتزام يقتضى تحديد الوقت الذى يعول عليه القاضى فى تقدير الضرر . هل وقت وقوعه أم وقت صدور الحكم من القاضى ؟

لقد ذهب القضاء الفرنسى منذ أمد بعيد على أن العبرة فى تقدير الضرر يكون بوقف صدور الحكم النهائى فى الدعوى [1]، ولا اعتداد بيوم وقوع الضرر . والذي جعل القضاء يتبنى هذا المبدأ هو رغبته فى محاربة ماقد يؤدي إليه انخفاض فى القيمة الشرائية للنقود . فقد يعمد المسئول الى اطالة أمد النزاع باللجوء الي طرق الطعن المختلفة . فقطعا لهذا السبيل أمامه يتم تقدير الضرر وقت الحكم النهائى حتى لايتخذ من وسائل الطعن المختلفة وسيلة لإطالة إجراءات التقاضى لأنه سوف لايستفيد من هذه المماطلة . ولقد علق البعض على هذا بالقول[2] أن هذا المبدأ ثبت عليه القضاء الفرنسى بالنسبة للمسئولية التقصيرية. أما فى مجال المسئولية العقدية فقد طال الخلاف نسبيا حولها . والأمر

(١) راجع مقض فرنسى ١٩٤٢/٣/٢١ منشور فى جازيت دى بالية ١٩٤٢ - ١ - ٢٢٤ .

(٢) راجع د. عبدالمنعم البدراوى - المرجع السابق - ص ٧٥ - ٧٦.

الذى دعا الي التردد فى تطبيق هذا المبدأ على المسئولية العقدية هو ما توهمه البعض فى أن وجوب قصر المسئولية المدنية على تعويض الضرر المتوقع من شأنه أن لايلزم المسئول بتحمل تزايد قيمة الضرر فى الفترة التالية لوقوعه الى حين صدور الحكم . فتلك الزيادة تعد أمرا غير متوقع . ولكن سرعان ما اتضح عدم صحة هذا الاتجاه . فالقانون عندما يشترط فى المسئولية العقدية أن يكون الضرر متوقعا إنما يستبعد فقط الأضرار غير المتوقعة فى ذاتها دون ماقد يطرأ على قيمة الضرر من تغير بعد حدوثه .

وبالبناء على ماتقدم حيث يكون الضرر متغيرا منذ وقوعه الى يوم النطق بالحكم . فإنه يجب الاعتداد بقدر الضرر عند الحكم لا عند وقوعه . ولنضرب مثالا يوضح ذلك . أن لو صدم شخص آخر بسيادته فأصيب بكسر فى احدى يديه . وعندما قام برفع الدعوي ضد المسئول للمطالبة بالتعويض - اتضح أنه تخلف لديه عاهة مستديمة . فالقاضى هنا يقدر التعويض عن العاهة المستديمة وليس الكسر . والعكس صحيح وقد لايتغير الضرر ولكن تتغير الأسعار وبالتالى القيمة الشرائية للنقود فتكون العبرة اذن بيوم صدور الحكم سواء ارتفع هذا السعر أو انخفض . على أنه إذا كان المضرور قد أصلح الضرر بمال من عنده .

---

(١) راجع د/ سعيد عبدالسلام - رسالة دكتوراه القاهرة ١٩٨٨ " أثر تغيير سعر النقود والذهب على تقدير التعويض " .

فانه يرجع بما دفعه فعلا مهما تغير سعر النقود يوم صدور الحكم . وكل ما يشترط فى الضرر أن يكون محققا سواء كان هذا الضرر حالا أم مستقبلا.

التعويض عن فوات الفرصة : pxrt d'une chance

لقد آثار موضوع التعويض عن مجرد فوات الفرصة العديد من المشاكل . باعتبار أن الضرر فيه ليس سوى ضررا احتماليا وليس حالا أو مؤكدا مما جعل البعض ينكر التعويض عن مجرد فواتها . ولكن باستقراء أحكام القضاء نجد أن هناك العديد [1]. من الأحكام التي صدرت فى هذا الشأن . ولكن قبل ذكر هذه الأحكام لابد لنا من مثالا يوضح فوات الفرصة حتي نكون على بينة من الأمر عند التطبيق العملى لهذه الأحكام أمام المحاكم الابتدائية . فإذا فوت المحامى ميعاد الاستئناف على يقين منه أنه ليس من المؤكد الغاء الحكم الابتدائي . ثم انسد طريق الطعن العادى أمام المستأنف .هنا قد فوت المحامي الفرصة على المستأنف فى عدم اقامة الاستئناف فى الميعاد حتى يصبح مقبول شكلا . فهنا يحق الحكم بالتعويض على فوات هذه الفرصة بصرف النظر عن احتمال كسب الدعوي أو خسرانها . أى أن التعويض عن فوات الفرصة سيزيد مقداره كلما كانت نتيجة الفرصة أكثر احتمالاً .

---

(١) راجع نقض مدنى ١٩٨٨/٧/٢١ منشور فى مجلة القضاء الفصلية عدد يناير وفبراير ص ١٤٢.

(٢) راجع د. عبدالمنعم البدراوى - المرجع السابق ص ٧٩.

المبحث الثالث

التعويض الانتقالى

(الشــــرط الجزائى)

ماهية الشرط الجزائى : la clause penal

جاء نص المادة ٢٢٣ مدنى على أنه " يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض الوارده فى العقد أو فى إتفاق لاحق " . يتضح من هذا النص أن الشرط الجزائى هو اتفاق مسبق بين المتعاقدين على تقدير التعويض . فقد لايترك المتعاقدان للقاضى حرية تحديد مقدار التعويض اذا ما أخل أى منهما بتنفيذ التزامه فيجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها فى العقد أو فى اتفاق لاحق . ومثل هذا الاتفاق بصفة عامة [1] ، فى عقود المقاولة والنقل فكثيرا مايشترط صاحب العمل على المقاول دفع مبلغ معين عن كل يوم يتأخر فيه تسليم العمل المعهود اليه . وكثيرا ما نجد شروطا فى تعريفات النقل المختلفة تحدد التعويض الذى يستحق عن فقد البضاعة . وغالبا مايكون الشرط الجزائى مبلغا من النقود . ولكن ليس هناك ما يمنع أن يكون أمرا آخرا غير النقود . كأن يتفق فى إيجار الأرض الزراعية على تسليم الأرض خالية عند انتهاء الإجيار . ويشترط أن مايكون بها من

---

(١) راجع د/ مصطفى الجمال أحكام الالتزام عام ١٩٩٠ ص ٤١٨.

زراعة عند إنتهاء الايجار يكون ملكا للمؤجر كتعويض عن الاخلال بالتسليم على النحو السالف . والغرض من الشرط الجزائى هو تجنب تحكم القاضى فى تقدير التعويض عند إستحقاقه بالفعل بتوافر اخلال المدين بتنفيذ التزامه . ولذلك فان الاتفاق على شرط جزائي لاينفي بالضرورة تحقق شروط استحقاق التعويض بصفة عامة (خطأ - ضرر - سببية) وكل مافى الأمر أن وجود الشرط الجزائى يعفى الدائن من اثبات الضرر ومقداره لاستحقاق التعويض المتفق عليه . وهذا ما نصت عليه المادة ٢٢٤ مدنى .

أغراض الشرط الجزائى :

يمكن أن يستعمل الشرط الجزائى لتحقيق الأغراض الأتية :

أولاً : في تقدير التعويض الجزائى يكون فى حالة ما اذا كان مقدار التعويض المتفق عليه قد قيس بقدر الإمكان على قدر الضرر المتوقع حدوثه بالفعل عند عدم التنفيذ أو التأخير فيه وهنا يهدف الشرط الجزائى الى توفير المناقشات والجدل حول مقدار التعويض . وهنا يكون المدين على علم بما سيلتزم به عند عدم التنفيذ .

ثانياً : فى تحديد المسئولية . أى يكون شرطا مقيدا للمسئولية ولن يتأتى ذلك الا عندما يكون قدر التعويض محدد مقدما لعدم التنفيذ أقل بشكل ملحوظ عن مقدار الضرر الفعلى الناشئ من جراء عدم التنفيذ .

ثالثاً : قد يقوم بدور التهديد المالى ويتأتى ذلك عندما يكون مقدار الشرط الجزائى مرتفع عن مقدار التعويض المتوقع حدوثه . وفى الغالب يحدد التعويض عن كل فترة أسبوع أو شهر يتأخر فيها المدين عن التنفيذ [١].

تمييز الشرط الجزائى عن الصلح والعربون :

يجب التمييز بين الشرط الجزائى والصلح - فالاتفاق اللاحق لايكون شرطا جزائياً إلا إذا تم مقدما قبل وقوع الاخلال الذى يقدر التعويض عنه . أما إذا اتفق الدائن والمدين بعد الإخلال بالالتزام على مبلغ يدفعه المدين تعويضا للدائن حسما لما ثار بينهما من نزاع بشأن تقدير التعويض . فلا يعتبر هذا الاتفاق شرطا جزائياً . وإنما هو عقد صلح ينطبق عليه الأحكام الواردة فى المواد من ٥٤٩ - ٥٥٧ مدنى مع مراعاة مانصت عليه المادة ١٠٣ من قانون المرافعات المدنية والتجارية[٢].

كما يجب التمييز بين الشرط الجزائى والعربون كدفع العربون وقت ابرام العقد ليس وفاء مستبقاً بتعويض وإنما يعنى إذا سكت المتعاقدان عن بيان دلالته . أن لكل من المتعاقدين الحق فى العدول عن العقد . فاذا عدل من دفع العربون فقده . واذا عدل من قبضه رد مثليه هذا

(١) راجع الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٥٧٥ التفرقة بين الشرط الجزائى والتجديد .

(٢) راجع د/ اسماعيل غانم المرجع السابق ص ١١٦.

ولو لم يترتب على العدول أي ضرر ، وبالتالى لا محل للنظر فى حالة ما إذا كان قد نتج ضرر عن العدول بصرف النظر عن ما إذا كان هذا الضرر مناسبا للعربون أم غير مناسب . أما الشرط الجزائي وهو تقدير التعويض عن ضرر يتوقع المتعاقدان حدوثه عند الاخلال بالالتزام . فلا يكون مستحقا اذا لم يلحق الدائن أى ضرر ويتعين تخفيضه اذا كان مبالغا فيه مبالغة كبيرة [١]،[٢].

تكييف الشرط الجزائى وآثاره :

لما كان الشرط الجزائى ليس الا تقدير للتعويض المستحق عند الاخلال بالالتزام . فانه يترتب على هذا التكييف عدة نتائج هى :

أولا : أنه تابع للالتزام الأصلى . فالشرط الجزائى لاينشئ التزاما جديدا مستقلا عن الالتزام الأصلى . وإنما هو إتفاق على جزاء الاخلال بهذا الالتزام فإذا بطل الالتزام الأصلى بطل الشرط الجزائى . أما بطلان الشرط الجزائى فلا يستتبع بطلان الالتزام الأصلى [٣]، وإذا سقط الالتزام الأصلى بدفع العقد سقط معه الشرط الجزائي . وذلك ولو لم يكن الشرط الجزائى قد أدرج فى العقد الأصلى بل تضمنه اتفاق لاحق . فإذا استحقت تعويضات الدائن فى حالة البطلان أو الفسخ . تولى

(١) راجع د/ محمد على عمران ، أحكام الالتزام ، ١٩٩٢ ص ٥٥ .

(٢) راجع د/ فيصل عبدالواحد ، المرجع السابق ، ص ١٥٨ .

(٣) استثناء من ذلك المادة ٦٨٧ مدنى فى خصوص عقد العمل يبطل الشرط الجزائي مستقلاً.

القاضى تقديرها وفقا للقواعد العامة دون اعتداد بالتعويض المقدر فى الشرط الجزائي . وينبنى على هذه التبعية أنه اذا انقضى الالتزام الأصلى بأى سبب من الأسباب فلا تجوز المطالبة بالشرط الجزائى [1].

ثانيا : طالما أن الشرط الجزائى ليس الا اتفاقا على تقدير التعويض لتطبيق عليه القاعدة العامة فى التنفيذ بمقابل من حيث كونه طريقا احتياطيا . فالتنفيذ العينى هو الأصل كما سبق أن ذكرنا . فإذا عرض المدين التنفيذ العينى فلا يجوز للدائن أن يطالب بالتعويض المقدر عن عدم التنفيذ .كما أن الدائن لايكون ملزما بقبول التعويض الا فى الأحوال التي يتعذر فيها تنفيذ الالتزام عينا . ويترتب على ذلك أن الاتفاق علي شرط جزائى عن عدم التنفيذ لايحرم الدائن من حقه فى الحصول على ترخيص من القضاء فى القيام بالتنفيذ العينى علي نفقة المدين طبقاً للمواد ٢٠٩ ، ٢١٢ ، مدنى ، ويكون له الرجوع على المدين بالنفقات ولو زادت على المبلغ الوارد فى الشرط الجزائى . كما أن [illegible] الحق فى طلب الحكم على المدين بغرامة تهديدية اذا كان تدخل المدين ضروريا لتنفيذ الالتزام عينا فامتنع المدين عن القيام به - رغم امكانه .

ثالثاً : يجب توافر شروط استحقاق التعويض حتي يمكن

---

(١) راجع نص المادة ٣٥٦ مدنى .

استحقاق الأداء الذى التزم به المدين فى الشرط الجزائى . وينبنى علي ذلك أن الشرط الجزائى عن التأخير لايكون مستحقا الا بعد اعذار المدين فيما عدا الأحوال التي يعفى فيها الدائن من الاعذار . كما يجب توافر خطأ المدين . فإذا استحال تنفيذ الالتزام الأصلي بسبب لايد للمدين فيه فلا تجوز المطالبة بالشرط الجزائى [١]، ويجب أن يتحقق الضرر بسبب اخلال المدين بالتزامه . فانتفاء الضرر أو السببية بين الخطأ والضرر يستتبع حتما سقوط الجزاء المشروط . ومن ثم تنحصر فائدة الشرط الجزائى فى نطاق الاثبات فقط فحيث لايكون هناك اتفاق على تقدير التعويض يحمل الدائن عبء إثبات الضرر وقيام رابطة السببية بينه وبين عدم التنفيذ أو التأخير فيه .

أما إذا اتفق المدين علي تقدير التعويض فيكفي أن يتبين الخطأ المدين [٢]فيفترض أن الدائن قد أصابه ضرر بسببه . وينتقل عبء الإثبات الي المدين ويتعين عليه للتخلص من الجزاء المشروط أن يثبت انتفاء الضرر أو انتفاء السببية بينه وبين الخطأ . وهذا هو مقتضى المادة ١/٢٢٤ مدنى التي جاء نصها : " لايكون التعويض الاتفاقى مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر [٣].

---

(١) راجع د/ اسماعيل غانم - المرجع السابق ص ١٢١.

(٢) لا تأثير للشرط الجزائى فى القواعد العامة فى اثبات الخطأ .

(٣) راجع نقض مدنى ١٩٥٢/١٠/٣٠ مجموعة النق السنة ٤ ص ٥٤ رقم ١٠.

آثار الشرط الجزائي :

الأصل هو وجوب احترام ما انصرفت اليه ارادة المتعاقدين . فالعقد شريعة المتعاقدين . ولكن الجزاء المشروط ليس الا تعويضا قدرة المتعاقدان مقدما عن الضرر الذى توقعا حدوثه ان لم ينفذ المدين التزامه أو تأخر فى التنفيذ . والهدف الأول من التعويض هو جبر الضرر . ولذلك كان الأصل فيه أن يكون بقدر الضرر الذى يصيب الدائن فعلا ، ولكن للقاضى سلطة تخفيض الشرط الجزائى وكذلك زيادة هذا الشرط. وسوف نعرض فيما يلي لسلطة القاضى تجاه الشرط الجزائى فيما يلى:

أولا : سلطة القاضى فى تخفيض الشرط الجزائى :

يجوز تخفيض الشرط الجزائى فى حالتين :

١ - نصت المادة ٢٢٤ مدنى " يجوز للقاضى أن يخفض هذا التعويض اذا أثبت المدين أن الالتزام الأصلى قد نفذ جزء منه " لايقتصر حكم النص علي ما إذا كان الشرط الجزائى مشروطا عن عدم التنفيذ. بل هو ينطبق فى حالة الشرط الجزائى عن التأخير . فيجوز تخفيض التعويض بنسبة الفائدة التي عادت على الدائن من الجزء الذى تم تنفيذه من الالتزام أو بنسبة ما نفذ منه بغير تأخير بحسب الأحوال . وترجع العلة الى جواز تخفيض الشرط الجزائى إلى أن الشرط الجزائى إنما وضع لحالة عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه أصلا أو لحالة تأخره فى

الوفاء بالالتزام كله . فلا يكون في تخفيض التعويض فى حالة التنفيذ الجزئى أى مساس بما أتفق عليه المتعاقدان [١]، والتخفيض هنا جوازى للقاضى . فقد يكون الجزء الذى تم تنفيذه تافها أو لايكون فى التنفيذ الجزئى فائدة للدائن فلا يحكم القاضى بالتخفيض [٢].

٢ - كذلك نصت المادة ٢/٢٢٤ مدنى " اذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه الى درجة كبيرة " . المقصود هو حالة ما إذا كانت المبالغة فى التقدير قد خرجت بالشرط الجزائى عن معناة الأصلى كتعويض مقدر بالاتفاق . فجعلت منه شرط تهديدياً ليس الى التصفية فأرادة المشرع أن يقرر نفس المصير للتهديد الاتفاقى .

ولم يعبأ بقبول المدين . ونري أن نص المادة ٢/٢٢٤ مدنى سالف الذكر يعتبر قيدا على مبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين . هذا ويلاحظ أن عبء الإثبات يقع على عاتق المدين . فوجود الشرط الجزائى لا يترتب عليه فحسب افتراض أن ضررا قد أصاب الدائن . بل من المفروض أن تقدير التعويض فيه متناسب مع الضرر الذى وقع . ولايكفي أن يثبت المدين أن فى التقدير زيادة . بل يتعين أن يثبت أنه قد انطوى على مبالغة كبيرة . فالمشرع إنما يعينه أن يكون التعويض المشروط متناسبا مع الضرر لا مساويا له . ويتفرع عن ذلك أنه إذا أثبت المدين ما فى

---

(١) راجع نقض مدنى ١٩٥٥/٢/١٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٦ ص ٦٨٦.

(٢) راجع بودرى وبارد ج ٢ فقرة ١٣٥٠ دموج ج ٦ فقرة ٤٨٩.

التقدير من مبالغة كبيرة ، اكتفى القاضى بأن يخفض التعويض الى الحد المعقول لا الى الحد المساوى للضرر [١]، وفى كل الأحوال فإن الأمر متروك للسلطة التقديرية لقاضى الموضوع ولايخضع لسلطة محكمة النقض فى الرقابة .

ثانيا : سلطة القاضى فى زيادة الشرط الجزائى :

جاء نص المادة ٢٢٥ مدنى موضحا هذه السلطة فنصت على أنه " إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقى فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة الا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيماً " . يتبضح من هذا النص أن الشرط الجزائى الذى يتضمن تعويضا أقل من قيمة الضرر الواقع فعلا أنه من قبيل الشرط المخفف لمسئولية المدين ، وقد أجاز المشرع الاتفاقى على تخفيف المسئولية أو الاعفاء منها فى نص المادة ٢١٧ مدني الا فى حالة الغش أو الخطأ الجسيم . وهذا يعني أنه إذا زاد الضرر على التعويض المتفق عليه فى الشرط الجزائى الذى يمكن أن يخفف مسئولية المدين فى حالة الخطأ اليسير لايستطيع أن يخفف منها فى حالة الغش أو الخطأ الجسيم . ويترتب على ذلك أن القاضى يزيد فى قدر التعويض حتى يجعله مساويا للضرر الواقع . وفضلا عن هذا أن الدائن لم يدخل فى حسابه غش

(١) راجع د. اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ١٢٥ ، د. حشمت أبو ستيت ، أحكام الالتزام ، ص ٢٢١.

المدين أو خطأه الجسيم . ومما هو جدير بالذكر أن المشرع فى المادة ٢/٢١٧ مدنى أجاز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه . ويترتب علي ذلك أنه فى حالة الشرط الجزائى اذا وقع اخلال من أشخاص يستخدمهم المدين فى تنفيذ التزامه وكان نتيجة غش أو خطأ جسيم فان هذا الشرط يعتبر تخفيفا من المسئولية [١]. هذه هى الأحوال الثلاثة التي يصح فيها للقاضى الحكم بمبلغ يختلف عما اتفق عليه المتعاقدين فى الشرط الجزائى ، ومما هو جدير بالذكر أن هذه الأحكام جميعها تتعلق بالنظام العام [٢]. ونصت على ذلك المادة ٣/١٢٤ مدنى فيما يتعلق بسقوط الشرط الجزائى أنه إذا أثبت المدين أن الدائن لم يصبه أى ضرر وفيما يتعلق بجواز تخفيضه فى حالتى التنفيذ الجزئى والمبالغة فى التقدير . ولم ينص المشرع فى المادة ١٢٥ مدني على عدم جواز الاتفاق علي الشرط الجزائى يكون غير قابل للزيادة حتي فى حالتى الغش والخطأ الجسيم اكتفاء بالقاعدة العامة الواردة فى المادة ٢/٢١٧ مدنى.

---

(١) راجع د/ البدراوى - المرجع السابق ص ٩٣.

(٢) راجع د. اسماعيل غانم المرجع السابق ، ص ١٢٧ . بهذا المعني د. السنهورى ج ٢ فقرة ٤٩٨.

المبحث الرابع

التعويض القانونى " الفائدة "

Les interets

ماهية الفوائد وانواعها:

جاء نص المادة ٢٢٦ مدنى على أنه " إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين فى الوفاء به كان ملزما بأن يدفع للدائن علي سبيل التعويض عن التأخير فوائد قدرها أربعة فى المائة فى المسائل المدنية وخمسة فى المائة فى المسائل التجارية . وتسرى هذه الفوائد من تاريخ المطالبة ، إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخ آخر لسريانها ، وهذا كله مالم ينص القانون على غيره .... " .

يتضح من هذا النص أن الفوائد هى مبلغ اضافى من النقود يحدد على أساس نسبة معينة من مقدار الالتزام الذى يحصل التأخير فى تنفيذه . أى أن المشرع يقدر بنفسة[٢] التعويض عن التأخير فى الوفاء بالالتزام بدفع مبلغ من النقود فى صورة فوائد تقدر على أساس نسبة مئوية من رأس المال تحسب سنويا [٣]. وقد تولى الطرفان تحديد هذه

(١) راجع د. مصطفى الجمال ، أحكام الالتزام ١٩٩٠ ، ص ٤٢٥.

(٢) راجع د. فيصل عبدالواحد ، دروس فى أحكام الالتزام عام ١٩٩٠ ص ١٦٨ .

(٣) راجع د. اسماعيل غانم ، أحكام الالتزام والاثبات - عام ١٩٧٣ ، ص ١٢٨ .

النسبة بالاتفاق علي شرط جزائى عن التأخير وتسمى هذه الفوائد بالفوائد التأخيرية الاتفاقية . وهناك نوع اخر من الفوائد الاتفاقية يلتزم بها المدين كمقابل لتركه ينتفع بمبلغ من النقود يكون في ذمته للدائن . وهذه هى الفوائد العوضية أو التعويضية [١]، مثال ذلك في عقد القرض إذا اتفق المتعاقدان على أن يدفع المقترض فائدة معينة مقابل انتفاعه بالمبلغ المقترض طول مدة القرض . فهذه الفائدة ليست تعويضا عن التأخير . فالمقترض طوال مدة القرض ليس ملزما برد المبلغ المقترض حتي يقال إنه قد تأخر فى الوفاء به . وإنما هو مقابل أو عوض عن انتفاعه بمبلغ القرض . أما بعد انتهاء المدة فان الفائدة التي يستحق على المقترض لتخلفه عن الوفاء بالتزامه برد المبلغ تكون فوائد تأخيرية ومثل هذا فى عقد البيع اذا كان الثمن مؤجلا فاتفق على فوائد يلتزم بها المشترى فى مقابل هذا التأجيل . وفى كل الأحوال لايصح أن يزيد سعر الفائدة عن ٧٪ سواء كانت الفوائد عن التأخير فى التنفيذ أو كانت مشترطة كمقابل للانتفاع بالمبلغ ، وسوف نعود الى ذلك تفصيليا عند بحث تحديد سعر الفائدة . وتكمن العلة فى هذا التحديد الى كراهة أغلب الأديان إلى تحريم الربا تحريما مطلقا . ولايترتب علي مخالفة الحد الأقصى سوى البطلان الجزئى مع انقاص الفوائد الى الحد المقرر

---

(١) راجع د. السنهورى المرجع السابق ص ٩٨ " ويفضل تسميتها بالفوائد الاستثمارية " د. السنهورى ج ٢ ص ٨٨٦.

قانونا . ويقصد بالبطلان الجزئى هنا بطلان ماتم الاتفاق عليه فى الزيادة عن ٧٪ وهو بطلان متعلق بالنظام العام فلا تصح اجارته صراحة أو دلالة. ولذلك لايقتصر الحق فى الاسترداد علي الحالة التي يكوَن الدفع فيها واقعا فى غلط [١].

وبالإضافة إلى الفوائد الاتفاقية توجد الفوائد القانونية . وهى الفوائد التي يتولى القانون تحديدها كتعويض عن التأخير فى الوفاء بالالتزام بدفع مبلغ من النقود ان لم يكن الدائن والمدين قد اتفقا على فائدة عن التأخير . فالقاعدة أنه لا شأن للقاضى بتقدير التعويض عن التأخير فى الوفاء بهذا الالتزام . فان لم يحدد الطرفان فائدة عن التأخير . ألزم المدين بالفائدة التي حددها المشرع والورد فى المادة ٢٢٦ مدنى سالف الاشارة اليه وهى ٤٪ فى المسائل المدنية ، و ٥٪ فى المسائل التجارية مع مراعاة الاستثناء الوارد فى المادة ٢٣٣ مدنى التي نصت على أن " الفوائد التجارية التي تسرى على الحساب الجارى يختلف سعرها القانوني باختلاف الجهات " . وسوف نقتصر هنا على الحديث عن الفوائد التأخيرية لأنها هى الوحيدة التي تعتبر تعويضا .

شروط استحقاق الفوائد التأخيرية

النصوص القانونية: تنص المادة ٢٢٦ مدنى على أنه : " إذا

(١) راجع نقض مدني ١٩٤٥/٥/١٧ مجموعة عمر ج ٤ ص ٦٨٠ " الدائن ملزما برد القدر الزائد بوصفه تسلمه بغير وجه حق وليس بوصفه فوائد مستحقة ".

كان محل الالتزام مبلغا من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين فى الوفاء به كان ملزما بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخير فوائد قدرها أربعة فى المائة فى المسائل المدنية وخمسة فى المائة فى المسائل التجارية . وتسرى هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها " ان لم يحدد الاتفاق أو العرف التجارى تاريخيا آخر لسريانها . وهذا كله مالم ينص القانون علي غيره " .

كما جاد نص المادة ٢٢٨ مدنى على أنه : " لايشترط لاستحقاق فوائد التأخير قانونية كانت أو اتفاقية أن يثبت الدائن أن ضررا لحقه من التأخير " .

يتضح من النصان سالفا الذكر أن يشترط لاستحقاق الفوائد التأخيرية جملة شروط نعرضها فيما يلي :

أولا : **أن نكون بصدد التزام موضوعه دفع مبلغ من النقود :**

يعتبر هذا الشرط بديهيا لأن الفوائد عموما لاتستحق الا عن التزام موضوعه مبلغ من النقود ، فالعبرة اذن بمحل الالتزام . ولا عبرة بمصدره. فقد يكون مصدر الالتزام عقد قرض أو بيع أو وديعه أو ايجار أو شركة . وقد يكون مصدر الالتزام عملا غير مشروع كتعويض عن جريمة أو فعل ضار . وقد يكون مصدره عملا نافعا كالتزام الشخص

بالتعويض عن اثراء بدون سبب أو برد نقود قبضها دون وجه حق . وقد يكون مصدره القانون كالتزام شخص بالنفقة اذا قدرت بمبلغ من النقود .

ثانيا : أن يكون الالتزام معلوم المقدار عند الطلب :

هذا الشرط واجب بنص القانون من سياق المادة ٢٢٦ مدنى سالف الذكر " الا إذا كان المبلغ محل الالتزام ملعوم المقدار وقت الطلب. ولايقصد بهذا الشرط منع سريان الفوائد عن كل التزام يكون مقداره محلا للمنازعة . بل يقصد بهذا الشرط[١] علي وجه الخصوص منع سريان الفوائد على المبالغ التي يطالب بها الدائن علي سبيل التعويض عن عمل غير مشروع . وقد سبق أن ذكرنا أن حق المضرور ينشأ من وقت وقوع الضرر وليس من تاريخ الحكم . وما الحكم الا كاشف عن هذا الحق فقط . ولكن هذا الحق ليس معلوم المقدار من وقت نشوئه . ثم إنه غير معلوم المقدار عندما يطلبه المضرور ويحدده فى صحيفة دعواه ، ولذلك فإنه لن يكون معلوم المقدار الا من تاريخ الحكم . ومن هذا التاريخ يمكن للدائن أن يطالب بالفائدة القانونية إذا تأخر المحكوم عليه فى دفع التعويض المحكوم به [٢].

---

(١) راجع د/ البدراوي ، المرجع السابق ، ص ١٠٠.

(٢) راجع د/ البدراوى ، المرجع السابق ،. ص ١٠١.

ثالثاً : تأخر المدين فى الوفاء بالالتزام :

لكى يستحق الفائدة التأخيرية يكفى أن يتأخر المدين عن الوفاء بالتزامه بدفع مبلغ من النقود عن ميعاد الاستحقاق . فهنا تسرى الفوائد التأخيرية بالسعر الذى يحدده القانون . فهى بمثابة تعويض الضرر الذى يفترض القانون وقوعه بسبب خطأ المدين فى تأخيره عن الوفاء بالتزامه . وفائدة التأخير تسرى بحكم القانون بالسعر الذى يحدده القانون اذا لم يكن ثمة اتفاق عليها بين الطرفين . وهي تكون عندئذ فائدة قانونية . وهي تسرى حتى يوم التأخير بالسعر الذى يحدده الطرفان اذا كانا قد اتفق عليها . وذلك في حدود الحد الأقصى الذى يحدده القانون لسعر الفائدة . وتكون عندئذ فائدة اتفاقية ، وإذا كانت الفوائد التأخيرية يشترط لاستحقاقها تأخر المدين فى الوفاء فإن الفائدة التعويضية أو الاستثمارية كما يطلق عليها البعض إنما تسرى من تاريخ الاتفاق عليها بين الطرفين .

رابعاً : المطالبة القضائية بالفوائد التأخيرية لبدأ سريانها :

فى حقيقة الأمر أن هذا الشرط يعتبر استثناء من القواعد العامة من زاويتين ، الأولي أن القاعدة العامة فى التعويض عن التأخير أنه يستحق من وقت الاعذار . ولايشترط لاعذار المدين مطالبته قضائيا .

---

(١) راجع د/ محمد على عمران ، أحكام الالتزام ١٩٩٢ ص ٥٩.

فالاجراء العادى للاعذار هو الانذار . والثانية ، أن القاعدة العامة فى الاعذار أنه لايشترط أن يطالب الدائن بالتعويض عن التأخير . بل يكفى أن يعلن الدائن للمدين أنه يريد منه تنفيذ التزامه . أما فوائد التأخير فلا يكفى الانذار لاستحقاقها ولايكفى أن يطالب الدائن قضاءً بتنفيذ الالتزام . فهي لاتسرى الا من وقت المطالبة القضائية بها بالذات . وقد تشدد المشرع فى الاعذار الواجب لاستحقاق فوائد التأخير وذلك تمشيا مع النزوع الى مناهضة الربا واستنكاره [١]، ومما هو جدير بالذكر أن المطالبة القضائية تبدأ بصحيفة الدعوى . ومن هنا يمكن القول أنه اذا كانت صحيفة الدعوي باطلة [٢]، أو كانت الدعوى قد رفعت الى محكمة غير مختصة فلا تسرى الفوائد . وكذلك الأمر إذا سقطت الخصومة أو تركت أو انقضت بالتقادم . والانذار ليس كافيا لاستحقاق فوائد التأخير. ويترتب على ماسبق أنه إذا أقام الدائن دعواه وطلب فى ختام الصحيفة أصل الدين فقط ثم أثناء تداول الدعوي بالجلسات طلب الحكم له بالفوائد . فإن الفوائد لاتسرى الا من وقت هذا الطلب وليس من تاريخ رفع الدعوى [٣]. غير أن قاعدة وجوب المطالبة القضائية بالفوائد ليست من النظام العام . ويتضح هذا التحليل من سياق نص

(١) راجع د/ اسماعيل غانم ، المرجع السابق ص ١٣٥ .

(٢) راجع استئناف مصر ١٩٤٠/٦/٥ المجموعة الرسمية السنة ٤٤ ص ١١٣.

(٣) راجع استئناف أسيوط ١٩٤٩/٧/٩ المجموعة الرسمية السنة ٥٠ ص ٣٤٣ " مبررات اشتراط المطالبة بالفوائد " .

المادة ٢٢٦ مدنى التي أجازت الاتفاق على تحديد وقت آخر لبدء سريان الفوائد ، كأن يتفق على سريانها من وقت الانذار أو بمجرد حلول الأجل . ويغلب وقوع هذا الفرض الأخير عندما يتفق الطرفان علي سعر اتفاق للفوائد التأخيرية . ولذلك يكاد يكون شرط المطالبة القضائية مقصوراً على الفوائد القانونية [1].

سعر الفائدة :

حدد المشرع فى المادة ٢٢٦ مدنى السعر المقرر قانونا للفائدة سواء فى المسائل المدنية بأربعة فى المائة وخمسة فى المائة فى المسائل التجارية ووضع حدا أقصى لايجوز الزيادة عليه وهو فى كل الأحوال سبعة فى المائة .

وهذا هو ما ورد فى المادة ٢٢٧ مدنى التي نصت على أنه " يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر أخر للفوائد سواء كان ذلك فى مقابل تأخير الوفاء أم في أية حالة أخرى تشترط فيها الفوائد . على ألا يزيد هذا السعر علي سبعة فى المائة . فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيفها الي سبعة فى المائة وتعين رد ما دفع زائد على هذا القدر " .

وأضافت المادة المذكورة فى الفقرة الثانية أن " كل عمولة أو

---

(١) راجع د/ السنهورى ج ٢ فقرة ٥٠٨ ص ٨٩٨.

منفعة أيا كان نوعها اشترطها الدائن اذا زادت هى والفائدة المتفق عليها على الحد الأقصى المتقدم ذكره تعتبر فائدة مستترة وتكون قابلة للتخفيف اذا ما ثبت أن هذه العمولة أو المنفعة لاتقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها ولا منفعة مشروعية وقد أثير الطعن بعدم دستورية هذه المادة فى الدعوى رقم ٢٠٦ في جلسة ٢٠٠٢/٧/٧ [١].

وسوف نعرض هذا الحكم لأهميته القانونية فى التعليق كما يلى :

جزاء تجاوز سعر الفائدة :

ورد النص على ذلك الجزاء فى المادة ١/٢١٧ مدنى " أما إذا أوفى المدين باختياره فائدة غير مشترطة أو أزيد من المعدل المتفق عليه . فإن هذا يعتبر منه تنفيذا الالتزام طبيعى . ويشترط ألا يزيد ما دفع علي الحد الأقصى الذى ينص عليه القانون . إذ لايجوز أن يقوم التزام طبيعى مخالف للنظام العام . فهنا يحق للمدين استرداد ما دفع بالزيادة . وكما سبق أن ذكرنا أن الاتفاق على مخالفة هذا الحد الأقصى يعتبر باطلا بطلان متعلق بالنظام العام . وهو بطلان جزئى وليس لكل الاتفاق . أى أن البطلان يرد فقط على الاتفاق الزائد علي الحد الأقصى المقرر قانونا .

(١) أنظر الدعوى ٢٠٦ لسنة ١٩ق دستورية عليا ٢٠٠٢/٧/٧ ونشر بالجريدة الرسمية العدد ٢٩ تابع فى ٢٠٠٢/٧/١٨ وقد برت الدستورية رفض الطعن بعدم الدستورية لوجود نصوص أخري فى الدستور تنهض لحماية المال الخاص معتصمة بالوظيفة الإجتماعية للمال الخاص .

الدعوي الدستورية - مناط قبولها - توافر شرط المصلحة -
الحكم برفض الدعوي بعدم دستورية نص معين لايعتبر مظهرا لذلك النص مما قد يكون عالقا به من مثالب أخرى .

وحيث إن نطاق الدعوي الدستورية ينحصر - عي ضوء ماتقدم - فى المادة ٢٢٦ من اقانون المدنى التي يجرى نصها على أنه : " إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين فى الوفاء به . كان ملزماً بأن يدفع للدائن علي سبيل التعويض عن التأخر فوائد قدرها أربعة فى المائة فى المسائل المدنية وخمسة فى المائة فى المسائل التجارية . وتسرى هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها ، إن لم يحدد الإتفاق أو العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها ، وهذا كله مالم ينص القانون علي غيره " .

وحيث إن هيئة قضايا الدولة دفعت بعدم قبول الدعوي بالنسبة لنص المادة ٢٢٦ من القانون المدنى تأسيساً على أن هذه المحكمة سبق وقضت بجلسة ١٩٨٥/٥/٤ فى القضية رقم ٢٠ لسنة ١ قضائية برفض الدعوي بعدم دستورية المادة المذكورة ، بما يمتنع معه نظر أى طعن لاحق بشأنها ، لما لهذا الحكم من حجية مطلقة حاسمة .

وحيث إن هذا الدفع غير سديد ، ذلك أن البين من قضاء المحكمة الدستورية العليا الصادر بجلسة ١٩٨٥/٥/٤ فى الدعوي رقم ٢٠ لسنة

١ قضائية ، التي أقيمت نعياً على مخالفة المادة ٢٢٦ من القانون المدنى لمبادئ الشريعة الإسلامية ، أن المحكمة اقتصرت فى قضائها المذكور على التصدى لهذا النعى باعتباره مبنى الطعن الوحيد ، وخلصت الى رفض الدعوي تأسيساً علي أن القيد المقرر بمقتضى المادة الثانية من الدستور بعد تعديلها بتاريخ ٢٢ مايو سنة ١٩٨٠ والمتضمن الزام المشرع بعدم مخالفة مبادئ الشريعة الإسلامية ، لايتأتى إعماله بالنسبة للتشريعات السابقة عليه ، وإذ كانت المادة المذكورة من القانون المدنى الصادر سنة ١٩٤٨ لم يلحقها أى تعديل بعد التاريخ المشار اليه . فإن النعى عليها بمخالفة الدستور يكون فى غير محله ، مما مؤداه أن قضاء المحكمة فى هذه الدعوي لايعتبر مطهرا لذلك النص مما قد يكون عالقاً به من مثالب أخري ولايحول بين كل ذي مصلحة وإعادة طرحها علي المحكمة .

وحيث إن من المقرر - وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة - أن مناط المصلحة الشخصية فى الدعوي الدستورية - وهى شرط قبولها - أن يكون ثمة إرتباط بينها وبين المصلحة فى الدعوى الموضوعية ، وذلك بأن يكون الفصل فى المسألة الدستورية مؤثراً فى الطلبات المرتبطة بها والمطروحة علي محكمة الموضوع . إذ كان ذلك ، وكان المدعى يتوخى بدعواه الموضوعية الحصول على الفوائد المقررة بمقتضى النص الطعين . فإن الفصل في دستورية هذا النص يكون لازماً

للفصل فى الطلب الموضوعى المرتبط به ، مما يتوافر به شرط المصلحة اللازم لقبول الدعوي الدستورية .

ومن ثم فإن عدم مناهضة التشريع لها تجعله دستوريا في ظل قيام نصوص دستورية أخرى تقرر ضوابط محددة تتعلق بذات النص التشريعى وذلك بالنظر إلى الوظيفة الإجتماعية للمال الخاص .

وحيث إن محكمة الموضوع تراءى لها من وجهة مبدئية عدم دستورية نص المادة ٢٢٦ من القانون المدنى لعدم إتفاقها مع المواد ٤ و ٧ و ٢٣ و ٢٥ من الدستور .

وحيث إن ما تراءى لمحكمة الموضوع مردود ، ذلك أن مؤدى المواد المشار إليها من الدستور ، أن الأساس الاقتصادى للدولة هو النظام الإشتراكى القائم على الكفاية والعدل الذى يحول دون الإستغلال ويحمى الكسب المشروع ، ويتم تنظيمه وفقاً لخطة تنمية شاملة تكفل زيادة الدخل القومي وعدالة التوزيع وصولاً إلى رفع مستوى معيشة المواطن الذى ينال نصيبه فى الناتج القومى وفقاً لما يقدمه من جد أو بحسب ملكيته غير المستغلة ، إلا أن إلتزام المشرع بهذه المبادئ لايعنى تجاوزه الضوابط التي قررها الدستور فى المادتين ٣٢ ، ٣٤ لصون حرمة المال الخاص وحمايته والحث على إستثماره فى شتى المجالات بما يدفع حركة الإقتصاد القومى ويوفر أهم أدوات التنمية .

ولم يعد مقبولاً النيل من عناصر المال الخاص أو الحد من نشاطه أو تقييد الحقوق التي تتفرع عنه في غير ضرورة تقتضيها وظيفته الإجتماعية . لما كان ذلك ، وكان إستخدام المال الخاص فى شتى المجالات هو أحد المكنات المتفرعة عن حق الملكية ، وإذا كان النص الطعين يقرر تعويضاً مقدراً وفقاً للأسس الواردة به بقصد حمل المدين علي الوفاء بما يمديونيته ، كى يتلافى الجزاء المصاحب للتراخى فى السداد ويصون فى الوقت ذاته حقوق المالك ، متى كان ما تقدم ، وكان هذا الجزاد يجد مصدره المباشر فى نص القانون دون أن تناله شبهة إستغلال أو كسب غير مشروع ، فإنه لايناهض مواد الدستور سالفة الذكر" .

مدى جواز المطالبة بتعويض تكميلى يضاف إلى الفوائد :

سبق أن ذكرنا أن القانون يحدد التعويض عن التأخير فى الوفاء بمبلغ من النقود عن طريق فائدة قانونية يحددها ، كما يجوز للطرفين أن يحددا مقدما فائدة عن التأخير وذلك فى حدود السعر الأقصى لسعر الفائدة ، ولم يشترط المشرع أن يكون هناك ضررا لحق الدائن لاستحقاق الفوائد سواء كانت اتفاقية أم قانونية ، ولكن يثور التساؤل هنا هل يحق للدائن المطالبة بتعويض اضافى غير الفوائد فى حالة مجاوزة الضرر الفائدة المتفق عليها أو القانونية ؟. لقد أجاب المشرع صراحة على فى

عجز المادة ٢٣١ مدنى على التساؤل سالف الذكر والتي جاء نصها على أنه " يحق للدائن أن يطالب بتعويض تكميلى يضاف إلى الفوائد إذا أثبت أن الضرر الذى يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بسوء نية " .

ويشترط لتطبيق هذا النص شرطان :

أولا :

أن يكون الضرر الذى أصاب الدائن من التأخير فى الوفاء هو ضررا استثنائيا . ليس هو الضرر العادى الذى ينشأ من عدم الوفاء ، كأن يكون المدين عالما بأن عدم وفائه الدين للدائن فى موعده سيعجزه عن دفع دين تجارى تعهد بالوفاء به في نفس الموعد . وأن عدم وفائه به سيؤدى إلى شهر افلاسه . أو يمتنع عن وفاء الدين ليفوت على الدائن صفقة يعلم أنه ارتبط بها . الأمر الذى فوت عليه ربحاً كثيراً .

ثانياً :

أن يكون المدين سيء النية أى أن يتعمد عدم الوفاء ويعلم بما يؤدى اليه ذلك من أضرار استثنائية بالدائن .

القيود القانونية على الفوائد :

بالإضافة إلى القيد الوارد فى المادة ٢٢٦ مدنى وهو عدم جواز زيادة الفوائد عن سبعة فى المائة وضع المشرع عدة قيود قانونية من

شأنها أن تنزل بالفائدة عن الحد المقرر لها وهى كما يلى :

أولا : تحريم الربح المركب :

تمشيا مع الإتجاه التشريعى فى إستنكار الربا حظر المشرع فى المادة ٢٣٢ مدنى الربح المركب . ويقصد به تقاضى فوائد على متجمد الفوائد . " لايجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد " . فلا يجوز ضم الفوائد المستحقة التي لم يتم الوفاء بهنا الى رأس المال واحتساب الفوائد بعد ذلك على أساس المجموع وواضح ما فى ذلك من خطر على المدين . فالربح المركب يؤدى الى تضاعف رأس المال إن كان الربح بسيطا (١) ، ومما يجدر بنا أن نلاحظه . أن التحريم ينصرف إلى كافة الاستحقاقات الدورية . فهو قاصر على الفوائد بالمعنى الدقيق . فلا ينصرف إلى الأجرة مثلا . بل يجوز تجميد الأجرة وتقاضى فوائد على المتجمد منها .

ثانياً : عدم جواز زيادة مجموع الفوائد على رأس المال :

أفصح المشرع عن هذا القيد أيضا في نص المادة ٢٣٢ مدنى التي نصت على أن " .... ولايجوز فى أية جالة أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكبر من رأس المال . وذلك كله دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية " . وهذا الحكم استحدثه المشرع فى

(١) راجع د/ اسماعيل غانم المرجع السابق ص ١٣٠.

التقنين المدنى الجديد وقد بررته لجنة مجلس الشيوخ بأن [١]:" من المصلحة أن يحال بين الدائن وبين استغلال المدين باقتضاء فوائد على متجمد الفوائد أو تقاضى فوائد تجاوز فى مقدارها الدين نفسه . وبحسب الدائن أن يكون قد إقتضى فوائد تعادل رأس ماله " . وقد استثنى المشرع من هاتين الحالتين ما تقضى به القواعد والعادات التجارية . فهى تبيح تقاضى فوائد متجمد الفوائد أو تقاضى فوائد يزيد فى مجموعها عن رأس المال . كما هو فى الحساب الجارى [٢]. وقد أثير طعن بعدم دستورية النص لمخالفته لمبادئ الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الأساسى للتشريع اعتباراً من دستور ١٩٧١[٣].

ثالثاً : تسبب الدائن بسوء نية فى إطالة أمد النزاع :

أوضح نص المادة ٢٢٩ مدنى التي جاء نصها هذا القيد فنصت على أنه : " إذا تسبب الدائن وهو يطالب بحقه فى إطالة أمد النزاع فللقاضى أن يخفض الفوائد قانونية كانت أم اتفاقية . أو لا يقضى بها إطلاقا عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر " . فقد يرى الدائن أن

---

(١) راجع مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٣ ص ٥٩٧ . والسنهورى ج ٢ ص ٩٢٠ هامش ١ .

(٢) راجع د/ محسن شفيق الوسيط فى القانون التجارى ج ٢ طبعة ١٩٥٢ ص ٣٧٢ الحساب الجاري .

(٣) قضاء المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى ١٢ لسنة ١٤ ق دستورية عليا بجلسة ١٩٩٢/٩/٥ برفض الدعوي لأن القانون المدنى سابق علي دستور ١٩٧١ ولايسرى بأثر رجعى .

من مصلحته ألا يوفى المدين بالالتزام لكي يستمر سريان الفوائد التأخيرية عليه . نظراً لانخفاض سعر الفائدة فى السوق عن السعر المقرر لفائدة التأخير مثلا . فيتعمد اطالة أمد النزاع . مثل ذلك أن يلجأ الى إنكار امضائه على مخالصة صادرة منه عن جزء من الدين فيتعين اتباع اجراءات تحقيق التوقيع ويطول أمد النزاع من جراء ذلك [١]. فإذا أثبت المدين أن النزاع قد طال بلا مبرر وأن الدائن كان سيئ النية فتعمد اطالة أمد النزاع حتي تتراكم الفوائد جاز للقاضى أن يخفض الفوائد أو لايقض بها اطلاقا عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر . أى أن أثر التخفيض أو الاسقاط لاينسحب الا عن هذه المدة فقط.

رابعاً : الفوائد التأخيرية بعد رسو المزاد :

نصت على هذا القيد المادة ٢٣٠ مدنى على أنه " عند توزيع ثمن الشيئ الذى بيع جبرا لايكون الدائنون المقبولون فى التوزيع مستحقين بعد رسو المزاد لفوائد التأخير عن الأنصبة التي تقررت لهم فى هذا التوزيع الا اذا كان الراسى عليه المزاد ملزما بدفع فوائد الثمن . أو كانت خزينة المحكمة ملزمة بهذه الفوائد بسبب ايداع الثمن فيها . على ألا يتجاوز مايتقاضاه الدائنون من فوائد فى هذه الحالة ماهو مستحق منها قبل الراسى عليه المزاد أو خزانة المحكمة . وهذه الفوائد

---

(١) راجع نقض مدنى ١٩٦٤/١٠/٢٢ مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ ص ٩٨٧ رقم ١٤٧.

تقسم بين الدائنين جميعا قسمة غرماء " . يتضح من هذا النص أنه عند التنفيذ على أموال المدين يقف سريان الفوائد التأخيرية التي يستحقها الدائنون المشتركون فى الاجراءات والتوزيع سواء كانت اتفاقية أم قانونية . ولايستحقون فوائد من هذا التاريخ إلا إذا كان الراسى عليه المزاد ملزما بدفع فائدة عن الثمن أو كانت خزينة المحكمة التي أودع فيها هذا الثمن تدفع فائدة عن الايداع . فعندئذ يستحق الدائنون فائدة تأخيرية بعد رسو المزاد الى حين اقتضائهم أنصبتهم بالفعل . إلا أنه ليس بالحتم أن تكون هذه الفائدة بسعرها القانوني أو الإتفاقى . بل فى غالب الأحوال تكون أقل . ثم هى توزع بينهم قسمة غزماء حتى ولو كان حق أحدهم مضمونا بضمان ما [١].

---

(١) راجع د/ البدراوى ، المرجع السابق ص ١١٠..

الفصل الثالث

النظم القانونية للمحافظة على الضمان العام

تمهيد :

لقد تكفل المشرع المصرى فى الفصل الثالث من الباب الخاص بآثار الالتزام تحت عنوان " مايكفل حقوق الدائن من وسائل تنفيذ ووسائل ضمان " فى المواد من ٢٣٤ حتى ٢٦٤ مدني ببيان مايكفل الدائن حق التنفيذ على أموال المدين . وذلك بوضع جملة وسائل من شأنها أن تحمى حقه حتى يتم التنفيذ بالفعل . ولقد بدأ المشرع بنص المادة ٢٣٤ مدنى التي جاء نصها " أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه . وجميع الدائنين متساوون فى هذا الضمان الا ماكان له منهم حق التقدم طبقا للقانون " . يتضح من هذا النص إلى أنه يشير الى الضمان العام للدائن ، وفكرة الضمان العام تتضح فى شقين الأول منها يكمن فى أن جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه أو وصف العمومية (١)، دون أن ينصب على عين معينة منها . والشق الثانى أنه مقرر لجميع الدائنين. فهم متساون فى تحصيل ديونهم من أموال المدين قسمة غرماء . إلا إذا كان لأحد منهم حق التقدم طبقا للقانون بموجب رهن أو اختصاص أو امتياز . ثم تلي الأمر بعد ذلك في المادة ٢٣٥ مدنى فى

---

(١) راجع د/ اسماعيل غانم ، المرجع السابق ص ١٤٩ .

استعراض النظم أو الوسائل القانونية للمحافظة علي هذا الضمان العام فقرر الدعوي غير المباشرة والبوليصية والصورية وشهر الاعسار والحق فى الحبس . وسوف تأتى دراستنا لهذه النظم أو الوسائل القانونية ، على النحو التالي :

(١) راجع د/ البدراوى المرجع السابق ص ١١٤.

المبحث الأول

الدعوى غير المباشرة

la a'ction indirect

النص التشريعي :

يقصد بالدعوي غير المباشرة أنها نظام قانوني يخول الدائن أن يستعمل باسم مدينه حقوق هذا المدين ان لم يستعملها المدين نفسه . فقد ورد النص فى المادة ٢٣٥ مدنى " لكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الأداء أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين الا ماكان منها متصلا بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز . ولايكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا الا اذا أثبت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق . وان عدم استعماله لها من شأنه أن يسبب اعساره أو أن يزيد في هذا الاعسار . ولايشترط اعذار المدين لاستعمال حقه . ولكن يجب ادخاله خصما فى الدعوى " . ووصف الدعوي بأنها غير مباشرة . هو وصف صحيح . فالدائن لايستعمل حقوق مدينه باسمه شخصيا وإنما باسم مدينه وبالنيابة عنه . ويتضح ذلك من نص المادة ٢٣٦ مدنى " يعتبر الدائن فى استعماله حقوق مدينه نائبا عن هذا المدين " وهذه النيابة مقررة لصالح الدائن وليس المدين كما أنها نيابة ليست مطلقة . بل هى محدودة بحدود الهدف الذى تقررت من أجله وهو المحافظة علي

الضمان العام . وبضرورة مراعاة مصلحة المدين ختي لايؤدى تدخل الدائنين فى شئونه عن طريق الدعوى غير المباشرة إلى اخضاعه لسلطاتهم ووصايتهم . فالفائدة التي تعود علي الدائن تنتج بطريق غير مباشر . فهو لايستفيد استفادة مباشرة من ثبوت حق المدين في ثمن ما باعه مثلا . ولن يصدر الحكم بالزام المشتري بدفع الثمن الى الدائن رافع الدعوى . وانما الى المدين البائع الذى رفعت الدعوي باسمه . ولكن الحق فى الثمن ليس الا عنصرا من عناصر الضمان العام المقرر لدائن البائع . فيكون له أن يستوفى دينه منه . ومثل هذا اذا قام الدائن بتسجيل عقد مدينه فملكية العقار لن تنتقل بهذا التسجيل الى الدائن وانما ستنتقل الى مدينه . فيصير هذا العقار عنصرا من عناصر الضمان العام ، ويكون للدائن بالتالى أن ينفذ عليه بحقه . ونخلص من ذلك أن نظام الدعوي المباشرة ككل نظام قانوني عبارة عن مجموعة من القواعد القانونية التي يجمعها فيما بينها الهدف الذى ترمي اليه . وهو هنا تحقيق مصلحة الدائن بالمحافظة على الضمان العام . دون أن يصل الأمر الى حد القضاء على حرية المدين الشخصية . والأداة التي يراد بها تحقيق هذا الهدف وهى هنا النيابة القانونية المقررة للدائن عن المدين . وعلي ضوء هذا التحليل تأتى دراستنا لهذا النظام القانونى سواء من حيث شروطها وآثارها ثم مقارنتها بالدعوى المباشرة .

١ - شروط الدعوي غير المباشرة

يمكن تقسيم هذه الشروط الى ثلاثة أنواع هى : منها مايتعلق بالحقوق التي يجوز للدائن أن يستعملها باسم مدينه ، فيتحدد نطاق الالتجاء الى الدعوى غير المباشرة ، ومنها ما يتعلق بالدائن ، فيتحدد بها من يجوز له الإلتجاء إلى هذه الدعوى، ومنها ما يتعلق بالمدين وبها تتحدد فى الوقت نفسه مصلحة الدائن في أن يستعمل حق مدينه .

أولاً : نطاق الالتجاء الى الدعوى غير المباشرة :

يقصد بهذا النطاق الحقوق التي يجوز للدائن أن يستعملها باسم مدينه فى غالب الأحوال يتخذ استعمال الدائن لحق مدينه صورة دعوى يرفعها باسم مدينه ، وكقاعدة عامة يجوز للدائن أن يستعمل جميع حقوق ودعاوى مدينه الا ما استثنى منها ، ويجب أن نلاحظ أن سلطة الدائن فى استعمال حقوق مدينه ليست من النظام العام . فيصح الاتفاق بين الدائن والمدين على منع الدائن من مباشرة حق من الحقوق التي كان يجوز استعمالها . فللدائن أن ينزل عن هذا الحق . ولكن من ناحية أخري لايجوز الاتفاق بين المدين والدائن والغير على اعتبار حقه قبله من الحقوق المتصلة بشخصه التي لايجوز لدائنيه استعمالها بالنيابة عنه . فمثل هذا الاتفاق لا أثر له فى مواجهة الدائن ./ ولايحرمه من استعمال ذلك الحق مادام يدخل فى نطاق الدعوي غير المباشرة . وقد أخرج

المشرع من عداد الدعوى غير المباشر طائفة من الحقوق فى المادة ٢٣٥ مدنى وهى : الحقوق المتصلة بشخص المدين - والحقوق غير القابلة للحجز . وسوف نعرض لكل منها تفصيلا فيما يلى :

١ - الحقوق المتصلة بشخص المدين :

يعتبر الحق متعلقا بشخص المدني متى قام فى أساسه على اعتبارات أدبية يستقل الشخص بتقديرها . ويدخل فى هذا حق الواهب فى الرجوع في الهبة بسبب جحود الموهوب اليه . ذلك أن الرجوع انما ينبنى على اعتبارات خاصة يستقل الواهب وحده بتقديرها . وهى ذلك أيضا حق المدين فى المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبى . كالدعوى بالتعوض عن الألم الذى يصيبه بسبب فقد أحد أولاده فى حادث أو بالتعويض عن الضرر الأدبى الذى يعود عليه من السب أو القذف . ومن الحقوق الشخصية البحتة حق المؤلف فى نشر مصنفة أو اعادة نشره ومما هو جدير بالاشارة اليه أن حق الدائن قاصر على استعمال حقوق المدين أما الرخص فلا يصح للدائن استعمالها الا اذا أصبحت حقا . ويراد بالرخص . الحقوق التي يتوقف نشئوها على اعلان ارادة من جانب الشخص . فمثلا لايجوز للدائن أن يقبل هبة نيابة عن المدين كما أنه ليس للدائن أيضا أن يطلب الشفعة باسم المدين . وكذلك لايحق للدائن أن يستعمل حق المدين كشريك على الشيوع فى استرداد الحصة الشائعة

التي باعها شريكه الى أجنبى . وإنما اذا أصبحت الرخصة حق . فانه يجوز للدائن أن يستعمل هذا الحق باسم مدينه مادام أنه استوفى الشروط اللازمة ولو كان ثبوت هذا الحق نهائيا فى ذمة المدين متوقفا على إرادته ومشيئته . وهذا ما يسميه البعض بالخيارات . فالخيارات مشيئة تستند الى حقوق سبق اكتسابها . ولكن صاحبها مخيريين أن يقبلها فيستقر له الحق نهائيا أو يردها فيزول الحق عنه . والمثال الصحيح للخيارات هو خيار الموصى اليه فى قبول الوصية أو ردها . فحق الموصى اليه ينشأ بمجرد موت الموصى مصرا على الوصية . ولكن القانون يعطيه مع ذلك خيار الرد . فيستطيع أن يقبل الوصية فيثبت الحق نهائيا في زمته أو أن يردها . هذا ولم يعتبر المشرع التمسك بالتقادم من قبل الرخص . بل اعتبره من قبيل الخيارات التي يجوز استعمالها بواسطة الدائن أو أى شخص ذى مصلحة ولو لم يتمسك به المدين [1].

٢ - الحقوق غير القابلة للحجز عليها :

لاتدخل الحقوق غير القابلة للحجز عليها فى دائرة الضمان العام للدائن ، ذلك أن الغرض من الدعوي غير المباشرة هو ادخال المال فى ذمة المدين بقصد التنفيذ عليه . فإذا امتنع هذا التنفذ امتنع بالتالى استعمال الدعوي غير المباشرة فلا يجوز للدائن مثلا أن يطالب باسم

(١) راجع د/ البدراوى ، المرجع السابق ص ١١٩ .

مدينه بحق نفقة مادام لن يستطيع التنفيذ على المبلغ المحكوم به . ولايجوز له أن يطالب باسم مدينه باسترداد قطعة أرض مملوكة للمدين اذا كان كل ما يملكه لايزيد عن خمسة أفدنة [١]، لأنه لايجوز الحجز عل يها قانونا . فالحقوق الخارجة عن الذمة المالية كالحق فى الطلاق والأبوة أو البنوه ، لايجوز للدائن أن يستعمل هذه الحقوق مهما كانت النتائج المالية المترتبة علي أى منهما .

ثانيا : *الشروط التي تتعلق بالدائن* :

لايكفى بداهة أن يدعى شخص أنه دائن لآخر لكي يستطيع أن يلجأ الى الدعوي غير المباشرة . بل يجب أن تكون دائنيته محققة أى خالية من النزاع . وهذا هو أقل ما يمكن اشتراطه بالنسبة للدائن . فإذا كانت المادة ٢٣٥ مدني تعطى الدائنين سلطة استعمال حقوق مدينهم نيابة عنهم وبدون موافقتهم . فلا أقل من أن يقتصر منح تلك السلطة على من كان محققا أنه دائن . فإذا رفع شخص دعوي باسم آخر مديعا أنه دائن فنازعة الخصم الذى رفعت عليه الدعوي في دائنيته أو نازعه من يدعى أنه مدينه . تعين الفصل فى الدائنية قبل الفصل فى الموضوع باعتبارها مسألة أوليه لازمة . لأن رفع الدعوي يتوقف علي صحة صفة الدائن ويقع عليه عبء الاثبات[٢] .

---

(١) راجع د/ وجدى راغب أصول التنفيذ عام ١٩٧٣ (تعليق على القانون ٥١٣ لسنة ١٩٥٣).

(٢) راجع استئناف مصر ١٩٣٦/١/٢٢ المجموعة الرسمية السنة ٣٧ ص ٣٥١.

هذا ويلاحظ أنه طالما ثبت صفة الدائنية كان للدائن يستعمل حقوق مدينه ولو كان حقه غير معلوم المقدار أو متنازعا فيه . فيجوز للمضرور في عمل غير مشروع أن يستعمل حقوق المسئول بوصفه مدينا بالتعويض دون حاجة للانتظار لحين تقدير التعويض المستحق[١].

ولايشترط أن يكون حق الدائن مستحق الأداء . فيجوز للدائن بحق مضاف إلى أجل واقف أن يستعمل حقوق مدينه قبل حلول الأجل . بل يجوز ذلك للدائن بحق معلق على شرط واقف . وذلك لأن للدائن فى فترة التعليق حقا يعتد به القانون . ومن باب أولي يجوز للدائن بشرط فاسخ أن يلجأ الى الدعوي غير المباشرة مادام الشرط لم يتحقق . فالحق المعلق على شرط فاسخ حق مستحق الأداء وان كان مهدد بالزوال . ويلاحظ أن تخلف الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ بعد أن قام الدائن باستعمال حق المدين لن يؤثر فى النتائج القانونية التى ترتبت على ماقام به نيابة عن مدينه . ولايصح القول بالغاء هذه النتائج استنادا إلى ما للشرط من أثر رجعى . وسنعود إلى تفصيل ذلك لاحقا عند الحديث عن الأثر الرجعى للشرط .

ولايشترط أن يكون حق الدائن ثابتا بسند واجب النفاذ. وذلك لأن الدعوى غير المباشرة ليست فى حد ذاتها إجراء من إجراءات التنفيذ وان

(١) راجع نص المادة ٢٣٦ مدنى " يعتبر الدائن نائبا عن مدينه فى استعمال هذه الحقوق "

كانت تمهد له .

كما لايشترط أن يكون حق الدائن سابقا على حق المدين الذى يستعمله بالدعوى غير المباشرة لأن الضمان العام مقرر لجميع الدائنين بصرف النظر عن تاريخ نشؤ حقوقهم . وليس على الدائن أن يستصدر اذنا من القضاء بحلوله محل المدين فى استعمال حقوقه . لأن النيابة هنا مقرره بحكم القانون (١).

ثالثا : الشروط التى تتعلق بالمدين :

لقد أفصح نص المادة ٢٣٥ مدنى عن هذه الشروط فجاء النص على " لايكون استعمال الدائن لحقوقه مدينه مقبولا الا اذا أثبت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق وأن عدم استعماله لها من شأنه أن يسبب اعساره أو أن يزيد فى هذا الاعسار . على أنه يجب ادخال المدين خصما فى الدعوى " يتضح من هذا النص أنه يشترط ثلاثة شروط تتعلق بالمدين سوف نعرضها فيما يلى :

أولا : تقصير المدين :

عبر المشرع عن هذا التقصير بسكوت المدين عن استعماله لحقه ولايشترط أن يكون المدين سئ النية . فيستوى أن يكون المدين قد تعمد عدم استعمال حقه بنية الأضرار بدائنيه . أو يكون عدم استعماله

---

(١) راجع نص المادة ٢٣٦ مدنى " يعتبر الدائن نائبا عن مدينه فى استعمال هذه الحقوق " .

لهذا الحق يرجع لمجرد الاهمال منه . ومن ثم اذا كان المدين قد باشر حقه بنفسه فرفع دعوى أمام القضاء . فلا يجوز للدائن أن يبدأ مطالبة جديدة بطريق الدعوى غير المباشرة . ولو كان يخشى أن يتواطأ المدين مع الخصم أو أن يتراخى فى الدفاع عن حقه . وكل ماله فى هذه الحالة هو أن يتدخل فى الدعوى التى رفعها المدين منضما اليه . فيراقب دفاعه أو يؤيده فيه حتى لايخسر المدين دعواه تواطؤا أو تراخياً .

ثانياً: اعسار المدين :

يقصد بالاعسار هنا . الاعسار الفعلى بأن تزيد ديون المدين على حقوقه . وليس الاعسار القانونى الذى يستلزم حتماً بشهره [1]فلا يشترط أن تكون الديون المستحقه وحدها هى التى تزيد على ما للمدين من أموال .بل العبره بكافة الديون مااستحق منها وما لم يستحق . فطالما أن أموال المدين لاتكفى للوفاء بديونه جميعا فللدائن مصلحه مشروعه فى أن يلجأ إلى الدعوى غير المباشرة . ولو كانت أموال المدين كافيه للوفاء بالديون المستحقه ولو كان دين الدائن مستحق الأداء . اذ حتى فى هذه الحالة الأخيرة للدائن أن يخشى أن تحل الديون المؤجلة قبل أن يتمكن من الانتهاء من اجراءات التنفيذ اللازمة لاستيفاء حقه

---

(١) راجع د/ السنهورى الوسيط جـ ٢ فقره ٥٣٨ ص٩٥٥ . ود/ اسماعيل غانم ص١٦٠ . ود/ حشمت أبو ستيت أحكام الالتزام طبعه ١٩٤٥ فقره ٦٢٨ ، ٦٣٠ .

فيتقدم الدائنون الذين حلت ديونهم للاشتراك معه فى التنفيذ . ويقع على عاتق الدائن عبء اثبات الاعسار . وهذا هو ماأكده نص المادة ٢/٢٣٥ مدنى " اذا ادعى الدائن اعسار المدين فليس عليه الا أن يثبت مقدار مافى ذمته من ديون . وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له مالا يساوى قيمة الديون أو يزيد عليها " فيجب على الدائن أن يثبت أن عدم استعمال المدين لحقه من شأنه أن يسبب الاعسار أو يزيد فيه . أما اذا كان فى استطاعته أن يستوفى الدين كاملا فلا مصلحة له فى الاستعمال .

ثالثا : ادخال المدين خصما فى الدعوى :

لقد أوجب المشرع ادخال المدين خصما فى الدعوى غير المباشرة. ولاتكون الدعوى مقبوله الا اذا تم ادخال المدين خصما فيها . ولاحاجة لاعذار المدين قبل رفع الدعوى غير المباشرة . وهذا شرط مستحدث فى التقنين المدنى الجديد فى المادة ٢/٢٣٥مدنى . ولم يكن هذا الشرط ضروريا فى التقنين المدنى القديم [١]. ومتى أدخل المدين فى هذه الدعوى . فهو اما أن يتخذ موقفا سلبيا تاركا الدائن يباشر عنه هذه الدعوى . وأما أن يتخذ موقفا ايجابيا فيعمد إلى مباشرة الدعوى بنفسه . وفى هذه الحالة الأخيرة يقتصر دور الدائن على مجرد مراقبة دفاع المدين . وادخال المدين هو الشرط الواجب على الدائن فقط وليس عليه ادخال سائر الدائنين .

---

(١) راجع د/ البداوى المرجع السابق ص١٢٧ .

٢ - آثار الدعوى غير المباشرة

النص التشريعى :

جاء نص المادة ٢٣٦ مدنى على أنه " يعتبر الدائن فى استعمال حقوق مدينه نائبا عن هذا المدين . وكل فائدة تنتج من استعمال هذه الحقوق تدخل فى أموال المدين وتكون ضمانا لجميع دائنيه " .

يتضح من هذا النص أن هدف الدعوى غير المباشرة هو المحافظة على الضمان العام . ووسيلته هى النيابة المقررة للدائن عن المدين ، وعلى ضوء هذا التحليل القانونى تتحدد آثارها فيما يلى :-

أولا : أن المدين هو صاحب الحق :

رغم أن الدائن يستعمل الدعوى غير المباشرة الا أنه يظل هو صاحب الحق ولاتغل يده عنه . فيكون له حق التصرف فيه بكافة أنواع التصرفات فيجوز له أن ينقله إلى الغير أو يتصالح عليه مع الخصم بل وأن يتنازل عنه فيجوز له مثلا أن كان حقه دينا أن يبرئ مدينه منه[١] وليس للدائن أن يعترض على هذه التصرفات الا عن طريق الدعوى البوليصيه وسنعرض لذلك تفصيلا لاحقا عند توافر شروط هذه الدعوى . ويجوز لمدين المدين أن يفى بالدين للمدين ويكون هذا الوفاء صحيحا

(١) راجع ديموج جـ ٧ فقرة ٩٨٨ .

ونافذا رغم وقوعه بعد قيام الدائن برفع الدعوى غير المباشرة [١] ولذلك يفضل بالنسبه للدائن بدلا من أن يلجأ الى طريق الدعوى غير المباشرة أن يقوم بتوقيع حجز ما للمدين لدى الغير عند توافر شروطه [٢] فهــذا الحجز من شأنه حبس المال المحجوز عليه عن المدين المحجوز عليه . فـلا يحتج به على الدائن الحاجز بعد اعلان ورقة الحجز ولايجوز للمحجوز لديه أن يوفى للمدين المحجوز عليه . فإن قام بالوفاء رغم وجود الحجز فلا ينفذ هذا الوفاء فى حق الدائن الحاجز .

ثانياً بالنسبة للدائن :

يكون للدائن بحكم أنه نائب عن المدين نيابة قانونية له أن يطالب الخصم بكل ماكان يستطيع أن يطالبه به المدين . حتى ولو كان حق الدائن أقل مما للمدين لدى الخصم . فلو أن حق الدائن كان قيمته مائتى جنيه وكان حق المدين يساوى ثلاثمائه جنيه . فهنا يجوز للدائن مطالبه هذا الأخير بثلاثمائه جنيه . ذلك أن الدائن لايختص بما يقتضى به . بل يدخل فى ذمة مدينه وكذلك فى الضمان العام لكل الدائنين . فمن الجائز أن يشارك الدائن فيما يقضى به غيره من دائنى المدين . ومن ثم له

---

(١) راجع نقض مدنى ١٩٨١/٢/٢ مجموعة أحكام النقض المدنى فى ٥٠عاما ص٢٢٠ .
(٢) راجع د/ اسماعيل غانم المرجع السابق ص١٦٣ .

مصلحة فى أن يدخل المبلغ كاملا فى ذمة المدين

ثالثا : بالنسبه للخصم فى الدعوى :

للخصم الذى يستعمل الدائن حق مدينه ضده أن يدفع فى مواجهة الدائن بكافة الدفوع التى كان يستطيع الدفع بها فى مواجهة المدين كما لو كان المدين هو الذى يباشر حقه بنفسه . فالمدين هو المدعى الأصلى . أما الدائن فليس الا نائبا عنه . وتطبيقا لذلك . اذا كان الدائن يستند فى مطالبته إلى عقد تم بين الخصم والمدين جاز للخصم أن يتمسك بأوجه البطلان التى تشوب هذا العقد . وله أن يتمسك بجميع أسباب انقضاء الدين بغير تفرقه بين ماتحقق منها قبل التجاء الدائن إلى الدعوى غير المباشرة وماتحقق منها بعد ذلك .

فيجوز للخصم أن يتمسك بدفوع المقاصة القانونية بينه وبين المدين ولو كانت شروط المقاصه لم تتحقق الا بعد رفع الدعوى غير المباشرة فلا فرق اذن بالنسبة للخصم بين أن يكون المدين قد باشر حقه بنفسه وبين أن يكون الدائن قد باشره نيابة عنه [١]. وللخصم الا يكتفى بمجرد الدفوع بل يجوز أن يلجأ الى دعاوى المدعى عليه يوجهها إلى المدين نفسه [٢]. وادخاله فى الدعوى شرط لقبولها كما سبق أن ذكرنا .

---

(١) راجع د/ البدراوى المرجع السابق ص١٣٣ .

(٢) راجع د/ اسماعيل غانم المرجع السابق ص ١٦٧ .

فيجوز للخصم أن يطلب اجراء المقاصه القضائية أن لم تتوافر شروط المقاصه - القانونية . واذا كان الحق الذى يطالب به الدائن باسم مدينه ناشا عن عقد ملزم للجانبين ولم يكن المدين قد قام بتنفيذ الالتزام المقابل لالتزام الخصم جاز لهذا أن يطلب الحكم بفسخ العقد بدلا من الاكتفاء بمجرد الدفع بعدم التنفيذ .

رابعاً: بالنسبة لسائر الدائنين :

لما كان الهدف من استعمال الدعوى غير المباشرة هو ادخال المال فى ذمة المدين والعودة إلى الضمان العام . فاذا نجح الدائن فى هذه الدعوى فلا يتمتع وحده بهذه النتيجة . ولكن يستفيد من هذا العمل جميع الدائنين فيمكن للدائن رافع الدعوى وغيره من الدائن أن ينفذوا على هذا المال دون أن يختص به الدائن الذى رفع وحده هذه الدعوى . ومن ثم فإن حظ هذه الدعوى من الناحية التطبيقية يكون غير مجدياً لكون الدائن الذى يقوم بمباشرتها يتكلف الكثير من الوقت والجهد والمال ثم يزاحمه فى حصيلتها آخرون لم يساهموا حتى تكبدها فى المصروفات التى تكسرها الدائن المباشر لها [١].

٣ - مقارنة الدعوى غير المباشرة بالدعوى المباشرة :

يفضل قبل عقد المقارنه أن نستعرض فى موجز أحكام الدعوى

---

(١) راجع د/ البدراوى المرجع السابق ص١٣٣ .

المباشرة فالدعوى المباشرة هى احدى نظم التأمينات[1] التى تحقق للدائن مركزا يفضل به عن غيره الدائنين وهى تقترب بذلك من حق الامتياز . وقد أجمع الفقه على أنها لاتثبت الا بنص تشريعى . فهى حالات متفرقة نص المشرع عليها . ومن ثم فليس هناك نظرية عامة لها . ونرى أن الدعوى المباشرة هى دعوى يرجع بها الدائن باسمه ولحسابه على مدين مدينه بحيث يستقل وحده بنتيجتها . وسوف نعرض فيما يلى للحالات الوارده فى النصوص الخاصة بها :

أولا : - ماورد النص عليه فى المادة ٥٩٦ مدنى التى نصت على " يكون للمستأجر من الباطن ملزما بأن يؤدى للمؤجر مباشرة مايكون ثابتا فى ذمته للمستأجر الأصلى وقت أن ينذره " المؤجر " . فلو أجر المستأجر الأصلى الشئ المؤجر إلى مستأجر آخر من الباطن . فالمشرع خول المؤجر رغم لا علاقة له بهذا الأخير بالرجوع مباشرة عليه بما يكون فى ذمته قبل هذا المستأجر الأصلى .

ثانيا : ماورد النص عليه فى المادة ٦٦٢ مدنى التى جاء نصها " يكون للمقاولين من الباطن وللعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول فى تنفيذ العمل . حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لايجاوز القدر الذى

(١) راجع د/ اسماعيل غانم المرجع السابق ص ١٦٦ .

يكون مـدينا به للمـقـاول الأصلى وقت رفع الدعـوى . ويكون لعـمـال المقاولين من الباطن مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الأصلى ورب العـمل . . . . إلخ النص " . يتـضـح من هذا النص أن المـشـرع خـول للمقاول من الباطن والعمال الذين استخدمهم المقاول الأصلى أن يرجعوا مباشرة على رب الغمل بقدر المبلغ الذى يكون مدينا به للمقاول الأصلى وقت اقامة الدعوى .

ثالثا : ماورد النص عليه فى المادة ٧٠٨ مدنى التى جاء نصها " اذا أناب الوكيل عنه غيره فى تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصا له فى ذلك كان مسئولا عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو. ويكون الوكيل ونائبة فى هذه الحاله متضامنين فى المسئولية . .. الخ النص " .

يتضح من هذا النص أنه يجوز للموكل أن يرجع مباشرة على نائب الوكيل ولنائب الوكيل الرجوع مباشرة على الموكل من خلال هذا التصور القانونى لنظام الدعوى المباشرة ويمكن القول أنها تختلف كل الاختلاف عن الدعوى غير المباشرة . فهى تهدف إلى تأمين الدائن بحمايته من خطر الخضوع لقسمة الغرماء عندما يستوفى حقه الثابت له فى ذمة الغير . والدائن ليس نائباً كما هو الحال فى الدعوى غير المباشرة عن

المدين بل أن القانون خوله مطالبة مدين المدين باسمع شخصيا وليس باسم المدين ولذلك تختلف آثار الدعويين من زاويتين :

الأولى : أن استعمال الدائنين لحق مدينه بطريق الدعوى غير المباشرة لايترتب عليه رفع يد المدين عن حقه . بل يكون له أن يستوفيه وأن يتصرف فيه . فيكون الدائن معرضاً لأن تضيع عليه كل فائدة يرجوها من استعمال حق المدين .

الثانية : أنها لاتخول الدائن الذى لجأ اليها أن يستأثر بثمرتها . بل لكل الدائنين سواء منهم من دخل فى مباشرة الدعوى وتكبد مصاريف وجهد ومال أو من لم يتدخل فيها ولايتكبد شئ مما ذكر . والدائنون يتقاسمون قسمة غرماء . أما فى الدعوى المباشرة اذا يحق للدائن قبل مدين المدين أن يطالبه باسمه شخصياً والدئن يستأجر بالحق المطالب به . فلا يجوز لمدين المدين الوفاء لغير الدائن . ويمتنع عليه أن يتصرف فيه ويستبعد مزاحمة الدائنين الآخرين . وهذا الأثر الأخير يجعل من الدعوى المباشرة نظام تأمينى لحق الدائن ومن ثم فهى تقترتب اذن من حق الامتياز كما سبق أن ذكرنا سلف .

المبحث الثانى

الدعوى البوليصية (عدم نفاذ التصرف)

"LAction paulienne"

تمهيد :

لما كان المدين يمتنع عليه القيام بتصرفات من شأنها الاضرار بالدائنين فقد خول المشرع جماعة الدائنين أو أحدهم وسيلة معينة فى حالة مباشرتها يمكنهم شل نفاذ هذا التصرف . هذه الوسيلة قررها المشرع فى المادة ٢٣٧ مدنى التى جاء نصها " لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء وصدر من مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف اذا أنقص من حقوق المدين أو زاد فى التزاماته . وترتب عليه اعسار المدين أو الزيادة فى الاعسار . وذلك متى توافرت الشروط المنصوص عليها فى المادة التالية " . وهى تسمى الدعوى البوليصية أو الدعوى عدم نفاذ التصرف . ومن ثم فما هى الأحكام التفصيلية لهذه الدعوى من حيث ماهيتها والهدف منها وطبيعتها القانونية وشروط مباشرتها والآثار التى تترتب عليها . ومن هنا تأتى الضرورة لتفصيل ما ذكر اجمالا على التالى :

المطلب الأول

ماهية الدعوى البوليصية والهدف منها

ترجع تسمية هذه الدعوى بالبوليصه[١] لأسباب تاريخيه نسبة إلى الامبراطور الرومانى بولص . وقد كانت تباشر هذه الدعوى فى القانون الرومانى عند تصفية أموال المدين المفلس تصفية جماعيه . ولذلك كان يستعملها المصفى . أما فى العصور الحديثة فهى من ثم دعوى فردية يستطيع أى دائن استعمالها متى توارت شروطها . وهى عبارة عن دعوى يرفعها الدائن طالبا فيها عدم نفاذ تصرف معين قام به المدين . أى أن هذه الدعوى تواجه موقفا ايجابيا قام به المدين [٢]. على خلاف الحال فى الدعوى غير المباشرة فهى تواجه موقفا سلبيا من جانب المدين . ومن ثم فإن الدعوى البوليصية تهدف إلى حماية الدائن من خطر أكبر . أى تحميه ضد تصرفات مدينه التى يجريها اضرارا به كأن يقوم المدين يبيع أمواله بثمن بخس ثم يهرب ماتبقى من ثمن . ولذلك فرارا من التنفيذ على المال . وقد يكون خير علاج لمسلك المدين فى هذه الحالة تخويل الدائن حق التتبع للأموال التى يتصرف فيها المدين . ولكننا نعلم أن الدائن العادى لايخوله القانون مزية التتبع . ولذلك لأنها خاصه

---

(١) راجع د/ البدراوى المرجع السابق ص١٣٧ .

(٢) راجع د/ فيصل عبد الواحد المرجع السابق ص١٩٣ .

بالدائن المرتهن أو الممتاز . وانما كانت الوسيلة التى حبى بها القانون الدائن العادى فى هذه الحاله تنحصر فى تخويله حق تقرير عدم نفاذ التصرف الضار فى مواجهتة . وذلك عن طريق الدعوى البوليصية . ومما هو جدير بالذكر أن هذه الدعوى على خلاف الدعوى غير المباشرة لاترفع نيابة عن المدين . وانما ترفع باسم الدائن شخصيا ضد تصرف المدين ويتدخل المدين خصما فى هذه الدعوى . وتنحصر نتيجتها فى عدم نفاذ التصرف فى مواجهة الدائن . ويترتب على كون هذه الدعوى . دعوى عدم نفاذ التصرف النتائج الآتيه :

١ - يترتب على الدعوى عدم بطلان التصرف . بل يبطل قائما بين المدين والمتصرف اليه . وكل ماهنا لك هو أن هذا التصرف لاينفذ فى حق الدائن "revocatoire" بمعنى أن الحق الذى تصرف فيه المدين أنه لم يخرج من ضمان الدائن . ويستطيع الدائن بعد ذلك أن يتخذ اجراءات التنفيذ عليه .

٢ - يختصم الدائن فى الدعوى جميع أطراف التصرف المطعون فيه وهم المدين واذا كان المتصرف له قد تصرف بدوره إلى خلف وجب ادخال هذا الخلف الثانى فى الدعوى أيضاً .

مقارنة الدعوى غير المباشرة بالبوليصة :

تشترك الدعويان فى الهدف النهائى وهو المحافظة على الضمان العام .لذلك كان اعسار المدين شرطاً ضرورياً فى الدعوين . اذ لاتدعو الحاجة إلى المحافظة على الضمان العام الا اذا لم يكن هذا الضمان كافيا بأن كانت التزامات المدين تزيد عن أمواله .

ولكن الدعوى البوليصية تتميز بمالها من خطورة اذ هى تؤدى إلى تعطيل آثار تصرف جدى عقده المدين فى حين أن الدعوى غير المباشرة تقتصر على معالجة موقف سلبى كما سبق القول . كما أن الدعوى البوليصية تمس مصلحة شخص آخر غير المدين وهو المتصرف اليه . لذلك كان من المنطقى أن تكون شروطها أكثر صعوبه من شروط الدعوى غير المباشرة . ففى حين أنه لايشترط فى الدعوى غير المباشرة أن تكون المدين اذا لم يستعمل حقه قد قصد الاضرار بدائنيه يشترط فى الدعوى البوليصية اذا كان التصرف المطعون فيه معاوضه أن يكون المتصرف اليه على علم بهذا الغش . وفى حين أنه يكفى أن يكون الدائنيه مخفقه لكى يستطيع الدئن أن يستعمل حقوق مدينه . يشترط أن يكون حق الدائن مستحق الأداء وسابقا على تصرف المدين حتى يجوز له الطعن فيه طالبا عدم نفاذه فى حقه (١).

---

(١) راجع نقض مدنى ٢/٢/ ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض السنة الأولى ص٢٢٠ " يلاحظ أن الدعوى البوليصية قد تكون مسألة أوليه فى الدعوى غير المنباشرة . فاذا حكم بعدم نفاذ التصرف كان للدائن أن يستعمل الحق الذى ورد عليه التصرف بوصفه لازال المدين .

المطلب الثانى

شروط الدعوى البوليصية

النص التشريعى :

جاء نص المادة ٢٣٧ مدنى واشترط عدة شروط فى التصرف المطعون عليه والمدين والدائن وتتضح هذه الشروط من استقراء أحكام النص على النحو التالى " لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء وصدر من مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف فى حقه اذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد فى التزاماته وترتب عليه اعسار المدين أو الزيادة فى الاعسار . ولذلك متى توافرت الشروط المنصوص عليها . . . " من هذا النص يجب التعرض تفصيلا لهذا الشروط من حيث التصرف المطعون عليه والدائن والمدين .

أولا: الشروط التي تتعلق بالتصرف المطعون فيه :

يتضح من النص السابق وهو المادة ٢٣٧ مدنى أن يكون التصرف " قد أنقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته . ويترتب عليه إعسار

---

(١) راجع نقض مدنى ١٩٥٠/٢/٢ مجموعة أحكام النقض السنة الزولى ص ٢٢٠ " يلاحظ أن الدعوى البوليصية قد تكون مسألة أولية في الدعوي غير المباشرة . فإذا حكم بعدم نفاذ التصرف كان للدائن أن يستعمل الحق الذي ورد عليه التصرف بوصفه لازال المدين .

المـدين أو الزيادة فى إعسـاره " أى أنه يجب توافـر شـرطان فـى هذا التصرف المطعون عليه .

١ - تصرف قانونى مفقر :

حدد نص المادة ٢٣٧ مدنى التصرف المفقر فى حالتين هما :

الأولى : إذا أنقص التصرف من حقوق المدين كأن يهب المدين عينا مملوكة له أو أن يبيعها أو أن يكون دائنا لآخر فيبرئه من دينه . والثانية : إذا زاد فى التزامات المدين كأن يشترى عينا فيلتزم بدفع ثمنها . أو أن يقترض فيلتزم بدفع ثمنها . أو أن يقترض فيلتزم برد ما اقترض أو أن يتعهد بالانفاق علي شخص لا تلزمه نفقه قانونا - أم إذا لم يكن التصرف مفقرا على هذا النحو لم يكن للدائن أن يطعن فيه ولو كانت له مصلحة فى ذلك فامتناع المدين عن زيادة حقوقه أو انقاص التزاماته لايجيز للدائن الإلتجاء أن يطعن فيه ولو كانت له مصلحة في ذلك . فمجرد امتناع الدائن عن زيادة حقوقه أو انقاص التزاماته ، لايجيز للدائن اللجوء الى الدعوى البوليصية . فإذا عرضت على المدين هبة فرفضها لم يجز للدائن أن يطعن فى هذا الفرض . اذ أن الغرض من الدعوي البوليصية تمكين الدائن من المحافظة على الضمان العام . ورفض المدين للهبة لايترتب عليه تجريدة من حق كان دخلا في ضمان

الدائن وكذلك الحال فى رفض إنقاص الالتزامات[1] فليس من شأن هذا الرفض أن يسوء حالته - ومما هو جدير بالإشارة إليه أن حقوق المدين قد تزداد لأسباب أخري غير التصرف القانونى . فقد يترك المدين عينا مملوكة له فى يد الغير حتى يتملكها التقادم . وقد يرتكب خطأ يترتب عليه ضرر بالغير أو زيادة إعساره إنما يريد بذلك الاضرار بدائنيه . فقد عمد المشرع تخفيفا علي الدائن إلى الأخذ بالأمر الغالب فجعل من مجرد علم المدين باعساره قرينة علي توافر الغش . فيكفي لاعتبار التصرف منطويا علي الغش أن يثبت الدائن أن التصرف قد صدر من المدين وهو عالم أنه معسر . إلا أنها قرينة غير قاطعة يجوز اثبات عكسها . فيجوز للمدين أن يثبت أنه رغم علمه بالاعسار لم يقصد الاضرار بدائنيه . كما لو أثبت أنه قصد بتصرفه الحصول على حاجاته الضرورية أو أن التصرف الذى عقده كان من التصرفات العادية التي تقتضيها مهنته . أو أنه أقدم على التصرف رغم علمه بأنه سبب اعساره أو زيادة إعساره . ولكنه يعتقد أن اعساره موقت سيزول فى المستقبل بسبب هذا التصرف ذاته الذى كان يرمى به الى ترويج أعماله . ولايكفى غش المدين . بل يجب أن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش . وذلك من ناحية أخري خفف عبء الاثبات على الدائن فنص فى

---

(١) راجع د/ اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ١٧٢ .

المادة ١/٢٣٨ " يعتبر من صدر له التصرف عالما بهذا الغش اذا كان قد علم أن هذا المدين معسر " (١). أما إذا كان التصرف تبرعا فهو لاينفذ فى حق الدائن ولو كان من صدر له التبرع حسن النية ، ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشا . وتكمن الحكمة واضحة فى التفرقة بين المعاوضات والتبرعات . فليس من المقبول أن ينفذ تبرع المدين فى حق دائنيه اذا لم يكن لديه ما يكفى لسداد ديونه . ولايغير من الأمر شيئا أن يكون المدين حسن النية (٢) كما فيلتزم بالتعويض فسبب انتقاص حقوق المدين فى الحالة الأولي وسبب فى الحالة الثانية زيادة فى التزاماته . فهى واقعة قانونية وليس تصرفا قانونيا . لذلك لاسبيل للدائن الى سلوك طريق الدعوى البوليصية فى هذه الأحوال . غير أن المشرع لم يغفل حق الدائن فى الحماية . ففى الحالة الأولى يجوز للدائن أن يستعمل حق مدينه فى قطع التقادم . وفى الحالة الثانية اذا اتفق المدين مع المضرور على تقدير التعويض . كان للدائن أن يطعن علي هذا الاتفاق اذ هو يتضمن التسليم بنشوء التزام فى ذمة المدين . كما يجوز للدائن اذا رفعت على المدين دعوي بدين وحكم فيها ضده أن

---

(١) راجع د/ السنهورى ، نظرية العقد طبعة ١٩٨٧ نادى القضاة فقرة ٧٣٥ ، وراجع أيضا د/ جمال زكى رسالته فقرات ٦٩ ، ٧٠ ، ٧٤ .

(٢) راجع د/ شمس الوكيل نظرية التأمينات فى القانون المدنى الجديد فقرة ٦٥ ص ١٩٦ - ١٩٧ .

يطعن فى الحكم بطريق هو معاوضة الشخص الخارج عن الخصومة . وقد نظمه قانون المرافعات فى المادة ٤٥ مرافعات . وذلك اذا كان الحكم قد صدر نتيجة لتواطوء بين المدين ومن صدر الحكم لصالحه .

٢ - أن يكون معسرا :

يقصد بالاعسار هذا الاعسار الفعلى دون الاعسار القانونى الذى يستلزم شهره بما يترتب عليه من آثار خاصة أو أن تكون أمواله غير كافية لسداد ديونه مستحقة الآداء . وذلك لأن اللفظ الوارد فى المادة ٢٣٩ مدني ورد مطلقا فينطبق من ثم على الديون المستحقة وغير المستحقة . فاعسار المدين هو الذى يبرر التقييد من حريته فى التصرف. ويشترط أن يكون التصرف هو الذى تسبب فى اعسار المدين أو فى زيادة اعساره ان كان معسرا من قبل . أما اذا بقى المدين موسرا رغم التصرف المفقر ثم طرأ بعد ذلك ما جعله معسرا . فلا يجوز الطعن بالدعوى البوليصية فى هذا التصرف لمجرد أنه أنقص من حقوق المدين أو زاد فى التزاماته . اذا لم يترتب علي هذا التصرف فى ذاته الاعسار الذى ألحق بالدائنين . هذا ويلاحظ أن تصرف المدين قد يتسبب فى اعساره أو زيادة الاعسار ولو كان معارضة كبيع أو شراء ففى البيع قد

(١) راجع د/ البدراوى المرجع السابق ص ١٥٣.

يكون الثمن . أقل من قيمة الشئ المباع أو يكون المدين البائع قد تسلم الثمن وبدده أو اخفاه وفى الشراء قد يكون الثمن الذى التزم به المشترى يزيد عن قيمة ما اشتراه ويتحقق اعسار المدين اذا كانت أمواله لاتكفي لسداد ما عليه من ديون سواء كانت مستحقة أو ليست مستحقة كما سبق القول . ويقع على عاتق الدائن عبء اثبات اعسار المدين لأنه يدعى خلاف الأصل . وقد ذهب البعض الى القول أن شرط اعسار المدين أو زيادة الاعسار فيه غناء عن اشتراط كون التصرف مفقرا . لأنه من غير المتصور منطقا أن اعسار المدين أو زيادة الاعسار لاتتحقق الا اذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد فى التزماته [١].

ثانيا : شروط تتعلق بالمدين والمتصرف اليه :

لقد أوضح نص المادة ١/٢٣٨ مدنى هذا الشرط فنص علي " أن ينطوى على غش من المدين وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش " .

يتضح من ذلك أن مجرد كون التصرف مفقرا وترتب عليه اعسار المدين أو زيادة فى الاعسار ليس بكاف فى كل الأحوال . بل يشترط ان

---

(١) راجع د/ اسماعيل غانم ص ٧٦ فقرة ٧١ ، ٧٢ .

كان التصرف معاوضة أن ينطوى على غش المدين وأن يكون المتصرف اليه عالما بذلك الغش . ويقصد بالغش أن تتوافر لدى المدين نية الاضرار بالدائن . ولكن لما كان الغالب أن المدين اذ يقدم على تصرف يعلم أنه سيسبب اعساره ان الدائن أولى بالرعاية من صدر له التبرع . ولو كان هذا الأخير حسن النية . فعدم نفاذ التبرع فى حق الدائن يراد به أن يدفع عنه الضرر الذى سببه التبرع . ولن يترتب على ذلك بالنسبة للمتبرع له سوى تفويت منفعة تلقاها دون مقابل ودفع الضرر أولى .

مايشترط فى خلف المتصرف اليه :

تناول المشرع فى المادة ٣/٢٣٨ مدنى " اذا كان الخلف الذى انتقل اليه الشئ من المدين قد تصرف فيه بعوض الى خلف آخر . فلا يصح للدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف الا اذا كان الخلف الثانى يعلم بغش المدين أو كان هذا الخلف الثانى يعلم اعسار المدين وقت تصرفه للخلف الأول أو كان المدين قد تصرف له تبرعا " .

يتضح من هذه الفقرة أنها تعالج حالة ما اذا كان المتصرف اليه قد تلقى حقا عن المدين . فصار خلفا له فيه ثم تصرف فيه بدوره الى شخص آخر . فاذا كان التصرف الأول الصادر من المدين نافذا في حق الدائن فلاشك أنه لن يستطيع أن يطعن بعد ذلك فى التصرفات اللاحقة .

ويتحقق ذلك طبقا لما تقدم فى حالة ما إذا كان خلف المدين قد تلقى الحق معاوضة وكان حسن النية . أما إذا كان خلف المدين قد تلقى الحق معاوضة وكان حسن النية . أما إذا كان التصرف الأول غير نافذ فى حق الدائن (تبرع أو معاوضة تنطوى على غش علم به المتصرف اليه) فإنه يجب حماية لحق الدائن تمكنه من ملاحقة التصرفات التي قد يعقدها خلف المدين . ولكن من ناحية أخري تجب حماية خلف الخلف اذا كان حسن النية وكان التصرف الصادر اليه معاوضة . وقد راعى المشرع هذه الاعتبارات جميعا فى النص سالف الذكر . ومما يجوز ملاحظته أن المشرع فى هذه الفقرة السابقة لم يتعرض الا للغرض الذى يكون فيه ال التصرف الثانى معاوضة . ففى هذا الغرض وحده يتعين حماية الخلف الثاني ان كان حسن النية . أما إذا كان التصرف الصادر الى الخلف الثاني تبرعا فلا يعتد بحسن نيته . وعلى هذا الأساس يجب التفرقة بين الغرضين : فالغرض الأول التصرف الثانى تبرع فاذا كان التصرف الأول تبرعا كذلك فلايشترط الغش فى جانب واحد . أما إذا كان التصرف الأول معاوضة فيشترط أن يكون منطويا على غش من المدين وأن يكون خلفه على علم بهذا الغش . ولايشترط علم خلف الخلف . أما الغرض الثانى : التصرف الثانى معاوضة . اذا كان التصرف الأول تبرعا فلا يشترط غش المدين ولا علم خلفه . ولكن يشترط علم الخلف الثانى

بأن المدين كان معسرا وقت تصرفه للخلف الأول . اذ تجب فى هذه الحالة حماية الخف الثانى حسن النية مادام قد تلقى حقه معاوضة . أما إذا كان التصرف الأول معاوضة كذلك فيشترط أن يكون منطويا على غشر من جانب المدين . وأن يكون الخلف الأول على علم بهذا الغش . وفوق كل ذلك يجب أن يكون الخلف الثانى عالما بما يعيب هذ التصرف الأول سواء من جهة المدين أو من جهة الخلف الأول فيجب على الدائن أن يثبت علم الخلف الثانى بغش المدين وبعلم الخلف الأول بهذا الغش [١].

ثالثا : شروط تتعلق بالدائن :

يشترط فى حق الدائن الذى يباشر الدعوي البوليصية ثلاثة شروط هي :

١ - أن يكون مستحق الأداء :

نظرا لأن الدعوي البوليصية تتضمن اجراء خطيرا وهو التداخل فى شئون المدين . اذ بها يطعن الدائن فى تصرفات مدينة باسمه هو . على خلاف الحال فى الدعوي غير المباشرة أن الدائن انما يستعمل باسم

---

(١) راجع د/ شمس الوكيل ، نظرية التأمينات فى القانون المدني الجديد فقرة ٦٥ ص ١٩٦ - ١٩٧ .

مدينه حقوق هذا المدين . ومن ثم توجب الضرورة فى حالة الدعوي البوليصية . أن يكون حقه مستحق الأداء . وعلى ذلك فلو كان حق الدائن مضاف الى أجل واقف . لايحق له رفع الدعوى البوليصية . وكذلك من باب أولى إذا كان هذا الحق معلقا على شرط واقف أو محلا لمنازعة (١).

٢ - أن يلحق الدائن ضررا من جراء هذا التصرف :

ولن يتحقق شرط الضرر اذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين إلا إذا كان التصرف قد ورد على مال كان يستطيع الدائن أن يستوفى منه حقه · وعلى ذلك فلا تقبل الدعوي البوليصية إذا كان المال محل التصرف مما لايجوز الحجز عليه أو كان مستغرقا بحقوق عينيه مقررة للغير . ومن ذلك أيضا حالة ما إذا كان التصرف تنازلا من انب المدين عن حق متصل بشخصه . كحقه فى التعويض عن ضرر أدبى مثلا · إذ لن يستطيع الدائن ولو بقى الحق للمدين لم يتنازل عنه أن يستعمله بالدعوى المباشرة . وبالتالى فلم يصيبه ضرر من جراء هذا التنازل (٢).

ويترتب علي شرط الضرر أن الدائن لايستطيع الاستمرار فى

(١) راجع د/ السنهوري - نظرية العقد عام ١٩٨٧ طبعة نادى القضاء ج ٢ ص ١٠٠٦ هامش٢.
(٢) راجع د/ حشمت أبو ستيت - أحكام الالتزام طبعة ١٩٤٥ ص ٤٧٦ هامش ٤ .

الدعوى اذ استوفى حقه من المدين أو من المتصرف ويتصل بذلك أيضا ما نصت عليه المادة ٢٤١ مدنى من أنه " إذا كان من تلقى حقا من المدين المعسر لم يدفع ثمنه فانه يتخلص من الدعوى متى كان هذا الثمن هو ثمن المثل . وقام بايداعه خزانة المحكمة " . ويفترض النص أن الثمن المتفق عليه بين المدين والمتصرف اليه كان ثمن المثل . ولكن ذلك ليس بشرط . فيكفى للتخلص من الدعوى البوليصية أن يودع المتصرف اليه ثمن المثل فى خزانة المحكمة ولو كان قد اشترى بأقل منه . بل ولو كان قد تلقى الحق من المدين تبرعا . ففى هذه الأحوال جميعا ينتفى الضرر فلا تكون للدائن مصلحة فى الاستمرار فى الدعوى .

٣ - أن يكون حق الدائن سابقا فى نشوئه على التصرف المطعون فيه :

فى واقع الأمر إن هذا الشرط ليس الا نتيجة منطقية للشرط السابق الخاص بالضرر . فلو كان تصرف المدين سابقا على نشوء حق الدائن فلا يتصور فى غالب الأحوال أن يكون هناك ضرر [١]. قد أصاب الدائن من جرائه . إلا أنه إذا كان المدين قد عقد التصرف على وجه

---

(١) راجع د/ اسماعيل غانم ، المرجع السابق ص ١٨٠.

التخصيص للاضرار بدائن لاحق . فإنه يجوز لهذا الدائن اللجوء الى الدعوى البوليصية . فالأصل اذن هو أن يكون حق الدائن سابقا على التصرف المطعون فيه والعبرة فى ذلك بتاريخ الفصل فيما ثار حول وجوده من نزاع كما أن العبرة بتاريخ انعقاد التصرف لا بتاريخ شهره أن كان من التصرفات التي يجب شهرها وعلى ذلك فاذا كان حق الدائن قد نشأ قبل تصرف المدين ولكنه كان مقترنا بأجل واقف . جاز للدائن أن يطعن فى التصرف بالدعوى البوليصية بمجرد حلول الأجل ولو لم يحل الأجل الا فى تاريخ لاحق لتاريخ انعقاد التصرف . كذلك اذا كان المدين قد تصرف ببيع عقاره مثلا . فلا تقبل الدعوي البوليصية الا اذا كان حق الدائن سابقا على انعقاد البيع حتي ولو لم يسجل البيع الا بعد نشوء حق الدائن . فالتسجيل شرط لانتقال الملكية الي المتصرف اليه وهو ليس شرطا لانعقاد التصرف ذاته [١].

أما إثبات توافر شرط الأسبقية فيقع عبئه على الدائن بوصفه مدعيا ولكن كيف يكون هذا الاثبات ؟

إذا لم يكن مصدر حق الدائن تصرفا قانونيا بأن كان عملا غير مشروع أو فعلا نافعا أو واقعة أخري يرتب عليها القانون نشوء الالتزام

---

(١) راجع د/ السنهورى المرجع السابق ص ٧٨٤ هامش ٢ الوسيط ج ٢ فقرة ٨٥٣.

. فلا شك فى أن اثبات تاريخ نشوء حق الدائن يكون بكافة طرق الاثبات طبقا للقواعد العامة . ولكن الصعوبة تظهر فى حالة ما اذا كان مصدر حق الدائن تصرفا قانونيا ثابتا فى ورقة عرفية . اذا القاعدة أن الورقة العرفية لاتكون حجة على الغير فى تاريخها الا منذ أن يكون لها تاريخ ثابت [١]، ولكننا نرى أن نصوص القانون المدني لم تشير الى هذا الشرط (ثبوت التاريخ) فالدائن فى واقع الأمر يفاجأ فى معظم الأحوال بالتصرف الضار دون أن يكون قد احتاط من قبل لاثبات تاريخ الدين[٢].

(١) راجع نص المادة ٣٩٥ مدنى .
(٢) راجع الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٦٣٢.

المطلب الثالث

آثار الدعوى البوليصية

النص التشريعى :

جاء نص المادة ٢٤٠ مدنى موضحا هذه الآثار فنصت على أنه " متى تقرر عدم نفاذ التصرف استنفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف أضرارا بهم " . ثم جاء نص المادة ٢٤٠ مدنى فنصت على أنه " اذا كان من تلقى حقا من المدين المعسر لم يدفع ثمنه . فانه يتخلص من الدعوى متى كان هذا الثمن هو ثمن المثل . وقام بإيداعه خزانة المحكمة " . ومن هنا تأتى دراستنا لهذه الآثار بالنسبة للدائن . ثم بالنسبة للمدين والمتصرف اليه وذلك على النحو التالى :

١ - آثارها بالنسبة للدائن :

فى الواقع يتحدد آثار هذه الدعوي بالنسبة للدائن في ثلاثة محاور هى :

أ - سقوط الدعوي إذا عوض الدائن ولم تعد له مصلحة :

لما كان الهدف من الدعوي البوليصية هو تعويض الدائن عن طريق عدم نفاذ التصرف[1] الضار فى حقه ولكن هذا الجزاء يجب أن يقتصر

---

(١) راجع د/ البدراوى المرجع السابق ص ١٦٤ هامش ١ ، ٢ ، تستعمل الدعوي البوليصية فى حالة الافلاس بوساطة وكيل الدائن وإذا رفضت الدعوي فلا يكون للحكم حجية على سائر الدائن ويحق لأى منهم رفع الدعوي البوليصية باسمه .

على القدر اللازم لتعويض الدائن ويترتب على هذا الهدف ما يلى :

أولا : أن المتصرف اليه يستطيع أن يتفادى الحكم فى هذه الدعوي إذا هو أدى إلى الدائن الذى قام برفعها ما هو مستحق فى ذمته . كما يسقط حق الدائن أيضا فى رفع هذه الدعوي متى قام المدين بقضاء الدين .

ثانيا : يستطيع المتصرف اليه أن يتخلص من هذه الدعوى إذا هو أودع خزينة المحكمة لحساب الدائن الذى يباشر هذه الدعوي ثمن المثل للشيئ الذى اكتسبه فإذا كان قد اشترى المال مثلا ولم يدفع الثمن الى المدين . استطاع أن يتفادى الحكم بعدم نفاذ التصرف اذا هو أودع ثمن المثل وليس فقط الثمن المتفق عليه خزانة المحكمة . وهذه النتيجة ورد النص عليها تشريعيا فى المادة ٢٤١ مدنى .

ب - عدم نفاذ التصرف فى حق الدائن :

إذا لم يقم الدائن بالحصول على حقه بعد رفع الدعوي . ولم يعمد المتصرف اليه إلى ايداع ثمن المثل خزانة المحكمة . حكم بعدم نفاذ التصرف ويترتب على هذا الحكم أن الحق يعتبر أنه لم يخرج من ضمان الدائن وذلك بالقدر الكافى لوفاء دين الدائن رافع الدعوى والدائنين الآخرين الذين يستفيدون منها ، والقاعدة أن الدائن يرفع الدعوي البوليصية هو الذى يستأثر وحده بفائدتها دون سائر الدائنين ممن لم

يدخولا معه في الدعوى . وهذا يقتضى أن الدائن الذى استحصل علي الحكم لايتحمل مزاحمة سائر الدائنين له فى المال موضوع التصرف المطعون فيه . وفى هذا تختلف الدعوى البوليصية عن الدعوى غير المباشرة التي تهدف الى مجرد ادخال المال فى ذمة المدين وبالتالي فى الضمان العام لجميع الدائنين . فمتى تقرر عدم نفاذ التصرف فى حق الدائن . فأن ذلك يؤدى أيضا إلى عدم انالته من ذلك التصرف . اذ لايجوز أن يتمسك الدائن فى نفس الوقت بعدم نفاذ التصرف فيما يرتبه من التزامات علي المدين . وينفاذه فيما ينشئه من حق له . وعلي ذلك إذا حكم بعدم نفاذ شراء المدين لعين فان من شأن الحكم أن يلتزم البائع برد الثمن الذى قبضه . كما يمتنع على الدائن أن ينفذ على العين المشتراه(١).

ج - حق الدائن فى المطالبة بالتعويض :

فى كثير من الأحيان قد يتعذر على الدائن التصرف الى استعادة المال الذى خرج من ذمة المدني . كما لو انتقل هذا المال الى متصرف اليه آخر وكان تلقاه بعوض وحسن نية . فلا شك أن الدائن يكون قد عاد عليه ضرر من جراء تصرف المدين بسوء نيه . الأمر الذى يثير مسئولية

---

(١) راجع د/ البدراوى ، المرجع السابق ص ١٦٤ هامش ٢٠١ ، تستعمل الدعوي البوليصية فى حالة الافلاس بواسطة وكيل الدائنين وإذا رفضت الدعوي فلا يكون للحكم حجية على سائر الدائنين ويحق لأى منهم رفع الدعوي البوليصية باسمه .

الأخير بالتعويض عن الفعل غير المشروع طبقا لقواعد المسئولية المدنية التقصيرية . ويمكن أن يسأل المتصرف اليه سئ النية بالتضامن مع المدين عن الضرر الذى أصاب الدائن من جراء هذا التصرف .

٢ - آثارها بالنسبة للمدين والمتصرف اليه :

لما كانت الدعوى البوليصية لاتؤدى إلى ابطال التصرف . وانما يبقى التصرف صحيحا فى علاقة المدين المتصرف اليه مع عدم نفاذه فى حق الدائن . وطالما أن التصرف يكون نافذا منتجا لجميع آثاره فيما بين المدين والمتصرف اليه يترتب على ذلك النتائج الآتيه : -

(أ) اذا بقى من ثمن الشئ بعد التنفيذ على شئ . فإن هذا الباقى يعتبر من حق المتصرف اليه لا من حق المدين . وفى مقابل ذلك يلتزم المتصرف اليه بتنفيذ التزاماته .

(ب) للمتصرف اليه الرجوع على المدين بالدعاوى الناشئه من العقد فله نظرا لعدم تنفيذ العقد أن يطلب الفسخ . كما أن له أن يطلب التنفيذ بمقابل (بطريق التعويض) . وعلى ذلك فلو كنا بصدد عقد بيع صادر من المدين كان للمشترى وقد انتزع المبيع من تحت يده على أثر الحكم فى الدعوى استطاع أن يرجع على المدين البائع بدعوى ضمان الاستحقاق الناشئة عن عقد البيع .

وكذلك اذا كان التصرف شراء ولم يستطع البائع أن يستوفى الثمن

كان له الحق فى أن يطلب فسخ العقد . واسترداد العين من المدين .

(جـ) يجوز للمتصرف اليه وقد إسترد الدائن حقه من ماله أن يرجع على المدين المتصرف بدعوى الاثراء بلا سبب .

المبحث الثالث

دعوى الصورية

"Action en simulution"

التنظيم التشريعى والغرض من الصورية :

نظم المشرع دعوى الصورية فى المادتين ٢٤٤ - ٢٤٥ مدنى الا أن استعرضنا لدعوى الصورية لاينفى التعوض للأحكام العامة للصورية بصفه عامه مما يمكن أن نتصور معه نظرية عامة للصورية . ونلاحظ أن الغرض من الصورية قد يكون الأضرار بالدائن . كما لو أقدم المدين إلى اجراء تصرف صورى لاوجود له فى الحقيقة على اخراج العين المملوكه له من الضمان العام للدائنين فينقضى مايمكن أن يحصل عليه دائنيه عند التنفيذ عليه . وقد يكون قصد المدين من التصرف التهرب من بعض أحكام القانون . كما لو قصد شخص إلى الايصاء ولكنه ستر هذا التصرف فى صورة البيع حتى يفلت من النصاب الشرعى للوصية . وقد يخص المتعاقدان بالتصرف الصورى السبب غير المشروع

للتصرف [(١) (٢)] . وقد خول المشرع الدائن الكشف عن صورية هذه التصرفات باستعمال الحق فى رفع الدعوى الصورية . ولايشترط لرفع الدعوى الصورية من قبل الدائن سوى ثبوت حق الدائن ووجوده[(٣)] مصلحة له فمتى ثبت أن الدائن له حقه قبل المدين كان له أن يطعن تصرف المدين بدعوى الصورية . ولايشترط فى هذا الحق أن يكون مستحق الأداء كما هو الحال فى الدعوى البوليصية .بل يجوز له هذا حتى ولو كان الحق مضافا إلى أجل أو معلقا على شرط .وكذلك يستوى فى حق الدائن أن يكون سابقاً فى نشوئه على التصرف الصورى أو لاحقا له .

والراجح لدى الشراح [(٤)] أنه لايشترط لرفع دعوى الصورية أن يكون التصرف الصورى قد سبب اعسار المدين أو زاد فى اعساره . فيمكن رفع هذه الدعوى ولو كان مابقى لدى المدين من أموال كافيا للوفاء بجميع ديونه .

وفى واقع الأمر أنه يجب أن تكون هناك مصلحة للدائن فى التمسك بالصورية . ولاتتحقق هذه المصلحة الا اذا كانت أموال المدين غير المال المتصرف فيه لاتكفى للوفاء بالتزاماته أى الا اذا كان المدين

(١-٢) راجع د/ البدراوى المرجع السابق ص١٦٩ ، د/ لبيب شنب دروس فى نظرية الالتزام عام ١٩٧٥ ص١٨١ .

(٣) راجع نقض مدنى ١٩٦٥/١٢/٩ مجموعة النقض المدنى السنه ١٦ ص١٢٢٣ .

(٤) راجع د/ السنهورى المرجع السابق ص١١١٩ ، د/ سليمان مرقص ص٦٩٣ ، وبسلطان والعدوى ص٣١٥-٣٣٠ .

معسرا . ذلك أنه اذا كانت الأموال الباقية كافيه فلا تكون للدائن مصلحة فى رفع دعوى الصورية . وعلى ذلك يمكن القول أنه توافر لمصلحة من رفع دعوى الصورية يوجب أن يكون المدين معسرا . وان كان لايشترط أن يكون التصرف الصورى هو الذى سبب هذا الاعسار[١] ويستفيد من الحكم الصادر بصورية التصرف جميع دائنو المتصرف وليس فقط الدائن الذى رفع الدعوى . وعلى ذلك اذا حكم بصورية عقد بيع صورية مطلقة . فإن المبيع يعتبر لايزال مملوكا للبائع وعلى هذا الأساس يستطيع جميع دائنى البائع الحجز على هذا المبيع وبيعه بالمزاد العلنى استيفاء لحقوقهم .

ماهيةالصوريةوأنواعها :

يقصد بالصورية : ايجاد مظهر كاذب عند اجراء تصرف قانونى . فتوجد الصورية حيث يلجأ شخص إلى تصرف ظاهر ليستر به حقيقة معينه . ولذلك نجد فى الصورية عقدين هما : الأول العقد الظاهر وهو العقد الصورى الذى أبرمه المتعاقدين . والثانى هو العقد المستتر أى العقد الحقيقى ويطلق عليه فى المجال العملى " ورقة الضد " "contre de littre " والصورية نوعان " مطلقه ونسبية [٢].

١ - الصورية المطلقة :

تتناول وجود التصرف ذاته فيكون التصرف الظاهر لاوجود له فى

(١) راجع د/ اسماعيل غانم المرجع السابق ص١٩٢ -١٩٣ رقم ٨٣.
(٢) راجع د/ محمد على عموان أحكام الالتزام عام ١٩٩٢ ص١٠٤ .

الحقيقة ومثال ذلك أن يتعذر على دائن مطالبه مدينه بنفسه بالوفاء بما عليه من دين . وذلك لوجود مانع أدبى يحول دون هذه المطالبة فيقوم الدائن بحوالة حقه حواله صورية . وبذلك يكون للمحال له أن يطالب المدين بالوفاء . ويتفقا سرا على أن الحق لازال للمحيل . فيكون على المحال له أن يسلم للمحيل ماقد يؤديه المدين .

٢ - الصوريةالنسبية:

فى هذا النوع من الصورية يكون العقد الظاهر ساترا لتصرف حقيقى يختلف عنه من حيث الطبيعة أو من حيث الشروط والأركان أو من حيث شخصية أطرافه وسوف نعرض لهذه الصور تفصيلاً فيما يلى :

(آ) من حيث طبيعة التصرف وتسمى الصورية بطريق التستر [(١)]. ونتناول اخفاء حقيقة التصرف فى صورة تصرف آخر . كما لو اتخذ المتعاقدان عقد البيع ستارا لاخفاء هبة تهربا من شكلية الهبه . اذ أن الشكلية أى أن الهبه لاتنعقد الا اذا كانت بورقة رسمية ركن فى الهبه . أو جعلا الهبه ستارا لاخفاء بيع بقصد حرمان الجار من الأخذ بالشفعه. فالشفعة لاتجوز الا فى البيع .

أو اخفيا الوصيه فى صورة بيع تحايلا على قواعد الميراث التى توجب عدم نفاذ الوصيه الا فى حدود ثلث التركه .

(ب) من حيث الشروط أو الأركان وتسمى الصورية بطريق المضادة [(٢)] كما لو ذكر المتعاقدان فى بيع العقار ثمنا أقل من الثمن

(١ ،٢) راجع د/ محمد على عمران أحكام الالتزام عام ١٩٩٢ ص١٠٤ .

الحقيقى تهربا من دفع رسوم التسجيل كامله . أو على العكس ثمنا أكثر من الثمن الحقيقى حتى يمتنع على الشفيع المطالبه بالشفعة . أو ذكر فى عقد الايجار للمنزل أجرة أكبر من الأجره المتفق عليها فى الحقيقة بهدف رفع قيمة المنزل المؤجر فى نظر من يتقدم للشراء بعد ذلك . أو اخفاء سبب العقد كما لو وهب شخص لسيدة مالا معينا وذكر فى سند الهبه أن سبب ذلك هو أداء هذه السيدة خدمة مشروعة له . ويكون السبب الحقيقى هو الرغبة فى اقامة علاقة غير مشروعة [١].

جـ - **من حيث أشخاص العقد :** ويطلق عليها الصورية بطريق التسخير [٢].فقد تتناول الصورية النسبية شخصية أحد المتعاقدين من ذلك مثلا المادة ٤٣١ مدنى التى تنص على منع القضاه وأعضاء النيابه والمحامين وكتبة المحاكم والمحضرين من شراء الحقوق المتنازع عليها والتى تكون فى دائرة المحاكم التى يعملون بها .فيعمد أحد المتعاقدين تحايلا على النص إلى أخفاء شخصية المشترى تحت ستار شخصية آخر.

تمييز الصورية عما قد يتشابه معها :

١ - تمييز الصورية عن التقابل :

تفترض الصورية وجود تصرف ظاهر واتفاق مستتر . والاتفاق

---

(١) راجع نص مدنى ١٩٣٣/١١/٣مجموعة عمر جـ١ ص١٣٨ " قد يترتب على اخفاء سبب العقد اخفاء طبيعة العقد .

(٢) راجع د/ محمد على عمران أحكام الالتزام عام ١٩٩٢ ص١٠٤ .

المستتر اما أن يمحو كل أثر للتصرف الظاهر واما أن يعدل من أحكامه . ولاتوجد الصورية الا اذا كانت ارادة الطرفين لم تنصرف فى أى وقت من الأوقات انصرافا جديا إلى التصرف الأول . أى يشترط أن يكون كل من التصرف الظاهر والاتفاق المستتر متعاصرين . وهذا التعاصر يكشف عنه قاضى الموضوع باعتبارة مسأله موضوعية لاتخضع لنطاق الرقابه القضائية طالما كان هذا الاستخلاص سائغاً [١]. فإذا توصل القاضى إلى عدم توافر هذا التعاصر لم نكن بصدد صورية وعلى ذلك اذا أبرم شخصان عقد بيع وكانت اراديتهما وقت ابرامه متجهة إلى البيع والشراء ثم بدالهما بعد ذلك بفترة قصرت أم طالت أن يرجعا عن ذلك البيع فيأخذ البائع الشئ المبيع ويسترد المشترى الثمن فاننا لانكون بصدد صورية بل بصدد تقايل من البيع وذلك لأن الاتفاق فى الحالة الأولى والثانية حقيقى .

٢ - تميز الصورية عن التحفظ الذهنى :

يقصد بالتحفظ الذهنى أن أحد المتعاقدين أظهر غير مايعمد[٢] فجائت ارادة الظاهرة مخالفة لارادته الحقيقية عن قصد وتعمد منه .

---

(١) راجع نقض مدنى ١٩٤٩/١٢/١ مجموعة أحكام النقض السنة الأولى ص٤٨ رقم ١٣ ،

(٢) راجع د/ لبيب شنب المرجع السابق ص٧٢٠ ، ٢٧١ ، ود/ شمس الدين الوكيل : رسالة دكتوراه باريس ١٩٥٢ ص١٧٦ - ١٩٥ : أداة الالتزام الادارى فى القانون المصرى غير مطبوعة .

ولكن المتعاقد الآخر لم يعلم بذلك فهنا تكون الارادة الظاهرة لاحد المتعاقدين غير حقيقية . ومع ذلك لاتكون بصدد صورية وذلك لأن المتعاقد الآخر لم يتفق معه على ذلك .

٣ - تميز الصورية عن التدليس :

فى واقع الأمر أن الصورية تختلف عن التدليس . فبينما الأمر فى الصورية أنها تتم باتفاق وتدبير الطرفين . ومن ثم يكون كل منهما على علم بالأمر .

أما التدليس فيكون سمة وسائل احتيالية لايقاع المتعاقد فى غلط يكون دافعا إلى التعاقد . ولايتصور وجود اتفاق بين المتعاقدين . لأن علم المتعاقد الآخر بحقيقة الأمر من شأنه أن ينفى حصول أى غلط [1].

١ - أثر الصورية :

فى الواقع أن الصورية ليست سببا من أسباب بطلان التصرف القانونى فالتصرف الصورى لايبطل لمجرد صوريته . ولكن هذا لايعنى أن التصرف الصورى ينتج ذات الأثار التى على التصرف الحقيقى . ذلك أن ارادة المتعاقدين لم تتجه إلى ابرام التصرف الصورى . بل اتجهت إلى التصرف المستتر . ولما كانت العبرة فى ابرام التصرفات القانونية

---

(١) راجع نقض مدنى ١٨/١١/١٩٣٧ مجموعة عمر جـ٢ ص١٩٩ مثالا لاجتماع الصورية والتدليس فى عقد واحد مشار اليه فى هامش ١ ص١٩٧ د/ اسماعيل غانم المرجع السابق .

بما اتجهت اليه الارادة . فأن التصرف المستتر هو الذى يعتد به دون التصرف الصورى الظاهر . ويترتب على ذلك وجوب اعمال الأثار التى تنشأ عن التصرف المستتر واستبعاد ما قد يترتب على التصرف الصورى من آثار . وهذا يوجب أن نفرق بين الصورية المطلقة والصورية النسبية من جهة . وبين أثر الصورية فيما بين أطراف التصرف وبالنسبة للغير من جهة آخرى .

(أ) أثر التصرف الصورى فيما بين المتعاقدين :

اذا كان التصرف صورية مطلقة : - هذا يعنى أن الارادة لم تتجه ألى ابرام أى تصرف قانونى . وبالتالى فإن العقد الصورى الظاهر لايخفى أى عقد . بل بالعكس انتفاء أية علاقة تعاقدية بين أطرافه . ومادام يوجد عقد بين الطرفين فلا يكون لأى منهما أن يطالب الآخر بأية حقوق مما يمكن أن ينشأ عن العقد .

وعلى ذلك اذا باع شخص لآخر شيئا بيعاً صورياً أى دون أن تتجه ارادة البائع إلى البيع رلا ارادة المشترى إلى الشراء . فهنا لايوجد أى تعاقد بين هذين الشخصين . فالعقد الظاهر وهو عقد بيع لاوجود له ولايستر هذا العقد عقد آخر ولذلك لايكون للبائع الصورى أن يطالب المشترى الصورى بدفع الثمن . كما لايكون للمشترى الصورى أن يطالب البائع الصورى بنقل ملكية المبيع أو تسليمة .

وعلى ذلك اذا توفى البائع الصورى فإن خلفه العام لايكون له [١] أن يستند إلى العقد الصورى فى مطالبة المشترى بدفع الثمن . كذلك اذا توفى المشترى فلا يكون لوارثه أن يطلب البائع بنقل ملكية المبيع أو تسليمه .

٢ - أما اذا كانت الصورية نسبية :

فالعبرة بالعقد الحقيقى المستتر بالعقد الظاهر الصورى وعلى ذلك فالعقد الذى ينفذ هو العقد الحقيقى بشرط أن يكون هذا العقد صحيحا أى مستوفياً لأركان انعقاده وشرائط صحته . وقد نصت على ذلك المادة ٢٤٥ مدنى اذا ستر المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر . فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقى " .

وعلى ذلك اذا وردت الصورية على حقيقة العقد كأن أبرم الطرفان عقد هبة ولكنهما أخفياها تحت ستار عقد بيع . فأن العقد الذى كون نافذا هو عقد الهبه لاعقد البيع . بشرط أن تكون جميع أركان الهبة متوافرة واذا وردت على تاريخ التصرف . فالعبرة بالتاريخ الحقيقى الذى أبرم فيه العقد وليس بالتاريخ الذى أعطاه المتعاقدان لعقدهما مخالفين فى ذلك للحقيقة واذا وردت الصورية على أطراف التصرف بأن ذكر مثلا أن المشترى هو زيد فى حين أن المشترى الحقيقى هو أحمد . فإن أحمد

(١) راجع د/ لبيب شنب ، المرجع السابق ص٢٧٢ .

هو الذى يعتبر طرفا فى هذا العقد . ويكون له على هذا الأساس أن يطالب بالحقوق الناشئة عنه . كما يقع عليه تنفيذ الالتزامات المترتبة عليه .

ولكن اعمال العقد الحقيقى مشروط بأن يكون كما سبق القول مستوفيا لأركان انعقاده وشرائط صحته .

اثبات الصورية فيما بين المتعاقدين :

القاعدة العامة فى الاثبات أنه اذا لم يكن التصرف الظاهر مكتوباً وأدعى أحد المتعاقدين أو خلفه العام أن هذا العقد صورياً وأنه يخفى فى حقيقته عقدا آخر مستترا كان له الاثبات لهذه الصورية بكل طرق الاثبات بما فيها شهادة الشهود والقرائن طالما كانت قيمة التصرف لاتزيد عن خمسمائة جنيه [١].

أما اذا زادت قيمة التصرف على هذا المبلغ وجب عليه اثبات الصورية بالكتابة أو مايقوم مقامها من اقرار أو يمين .

أما اذا كان العقد الظاهر مفرغا فى محرر مكتوب فلا يجوز اثبات الصورية عن طريق اثبات العقد الحقيقى المستتر الا بالكتابة ولو لم تزيد القيمة عن هذا المبلغ . ولنضرب مثالا يوضح ذلك فالمتعاقدان يبرمان بيعا صورياً صنورية مطلقة دون أن يقصد لا البيع والا الشراء يحرران ورقتين : الأولى تثبت عقد البيع الصورى والثانية ومن ورقة

---

(١) راجع التعديل الجديد لنصاب الاثبات المادة ٦٠ اثبات مؤلفنا الموجز فى أصول الاثبات عام ١٩٩٢ ص٩٩ .

الضد وهذه الورقة الأخيرة هى التى يتم اثبات عدم وجود أى تعاقد عن طريقها . كذلك اذا أبرم عقد بيع وذكر فى الورقة المثبته له ثمن يزيد عن الثمن الحقيقى الذى اتفق عليه المتعاقدين . فإن المشترى يستطيع اثبات حقيقة ذلك الثمن عن طريقة ورقة موقع عليها من البائع تبين الثمن المتفق عليه . وفى الغالب أن تحرر ورقة الضد فى نفس الوقت مع الورقة المثبته للعقد الظاهر . ولكن ذلك ليس بشرط . فيجوز أن تحرر فى أى وقت لاحق . على أنه وفقا للقواعد العامة يجوز للمتعاقدين وخلفهما العام اثبات الصورية بغير الكتابة فى أحوال أربعة على سبيل الاستثناء سوف نعرض لها فيما يلى :

استثناء على القاعدة العامة :

استثناء مما تقدم يوجد أربعة أحوال يجوز فيها اثبات الصورية بكافة طرق الاثبات وهذه الأحوال هى :

١ - حالة وجود مبدأ ثبوت الملكية :

مثال ذلك أن توجد ورقة غير موقعة منسوبه إلى أحد المتعاقدين وتكون من شأنها جعل الصورية قريبة الاحتمال طبقا لنص المادة ٦٢ اثبات .

٢ - حالة فقد السند الكتابى بسبب أجنبى :

اذا فقدت ورقة الضد كأن أعدمت نتيجة لحريق أو سرقت بغير

تقصير[1] من المتعاقد كان له اثبات التصرف الحقيقى بكافة طرق الاثبات بشرط أن يثبت أولا وجود تلك الورقة وفقها لسبب لايد له فيه .

٣ - حالة وجود مانع من الحصول على دليل كتابى :

هذا المانع الذى يحول دون الحصول على دليل مكتوب قد يكون مادياً وقد يكون معنوياً أو أدبيا فهنا يجوز الاثبات بكافة طرق الاثبات ومنها شهادة الشهود . ويتحقق ذلك فى حالة الوارث الذى يطعن فى تصرفات مورثة بالصورية . فقد يبرم شخص تصرفاً لايجيزه القانون لما يترتب عليه من الاضرار بورثته . ويقدم الاخفاء هذا التصرف تحت ستار تصرف آخر يجيزه القانون . فى هذه الحالة يجوز للوارث رغم أنه من الخلف العام وليس من الغير أن يثبت الصورية وحقيقة التصرف بكل طرق الاثبات . ولنضرب مثالا يوضح ذلك فلو أوصى شخصاً بكل أمواله لآخر ونظرا لأن القانون لايجيز للشخص أن يوصى بأكثر من ثلث آمواله الا بموافقة ورثته . أخفى وصيته تحت عقد بيع مكتوب أبرمه مع الموصى له . فهنا يجوز للورثة اثبات حقيقة هذا التصرف بكافة طرق الاثبات . لأنه أبرم التصرف اضرار بهم . ولم يكن فى استطاعتهم الحصول على دليل كتابى . فيعتبر ذلك منعا من الحصول على دليل كتابى استثناء على القاعدة العامة فى الاثبات[2] .

---

(١) راجع د/ لبيب شنب ، المرجع السابق ص٢٧٦ .

(٢) راجع نقض مدنى ١٩٦٦/١١/٢٤ مجموعة النقض المدنى السنة ١٢ ص١٧٣٠ .

٤ - حالة التحايل على القانون :

اذا قصد من الصورية التحايل على القانون استبعاد أحد أحكامة الآمره اضرار بمصلحة المتعاقدين فأنه يجوز لهذا المتعاقد أن يثبت الصورية بكافة طرق الاثبات . ولو كانت قيمة العقد الظاهر أكثر من خمسمائة جنية أو كان العقد ثابتا بالكتابة (١).

وعلى ذلك اذا تعهد شخص لآخر كتابة بدفع مبلغ ألف جنيه وذكر فى العقد أن سبب ذلك هو أن المتعهد قد اقترض هذا المبلغ من الدائن وكانت الحقيقة أن المدين قد خسر هذا المبلغ فى رهان أو مقامرة فهنا يجوز للمدين أن يثبت حقيقة سبب هذا التعهد بكافة طرق الاثبات ومنها شهادة الشهود . وذلك لأن القانون يحرم القمار ويبطل أى تعاقد عليها . ولا يلزم فيهما بدفع قيمة خسارته . ويبرر اجازة الاثبات بكافة الطرق أن هذه الحالات تتضمن مانعاً حال دون الحصول على ورقة الضد (٢).

(ب) أثر التصرف الصورى بالنسبة للغير :

يقصد بالغير فى تطبيق أحكام الصورية معنى مغاير للغير فى باقى التصرفات الأخرى . فالغير فى الصورية هو كل شخص غير المتعاقدين وخلفهم العام . وبصفة خاصه دائنو المتعاقدين والخلف

---

(١) راجع نقض مدنى ١٩٤٤/٥/٢٥ مجموعة النقض المدنى فى ٢٥ عاماً جزء ص٧٦١ .
(٢) راجع نقض مدنى ١٩٥٧/١٠/٣١ مجموعة النقض المدنى السنة ٨ ص ٧٥٩ .

الخاص كما قرر المشرع بالنص على ذلك فى المادة ٢٤٤ مدنى على النحو التالى :

١ - دائنو المتعاقدين :

وعلى ذلك اذا كان التصرف الصورى بيعا لدائن المشترى يعتبر من الغير بالنسبة لهذا التصرف . ويعتبر الدائن من الغير متى كان له حق مؤكد قبل المتعاقد ويستوى فى هذا الحق أن يكون قد نشأ قبل ابرام التصرف الصورى أم بعده . كما يستوى فى هذا الحق أن يكون مستحق الأداء أو مضافا إلى أجل معلقا على شرط [١].

٢ - الخلف الخاص :

يقصد بالخلف الخاص الشخص الذى تلقى من المتعاقد حقا عينياً على مال معين كالمشترى والموهوب له يتلقى ملكيه الشئ أو حق الانتفاع عليه . الشفيع بالنسبة لما يعقده جاره من تصرفات فى العقار الجائز أخذه بالشفعة . ومشترى العقار بالنسبة للعقد الصادر ببيع هذا العقار ذاته من بائع أخر إلى مشتر آخر رغم عدم وجود رابطة عقدية بينه وبين المتعاقدين [٢].

---

(١) راجع نقض مدنى ١٩٥٧/١٠/٣١ مجموعة النقض المدنى السنة ٨ ص٧٥٩ .
(٢) راجع نقض مدنى ١٩٧٤/٣/٢٠ مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٥ جـ ص٧٥٨ .

حكم الصورية بالنسبة للغير :

نصت المادة ٢٤٤ مدنى " اذا أبرم عقد صورى فالدائنى المتعاقدين والخلف الخاص متى كانوا حسن النيه أن يتمسكوا بالعقد الصورى . كان أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية . العقد الذى أضر بهم .... الخ النص " .

يتضح من هذا النص أن القاعدة فى هذا الشأن أنه اذا أبرم عقد صورى فللغير على النحو السالف بيانه أن يتمسك بالعقد الصورى أو بالعقد المستتر وفقا لمصلحته . ومن ثم يجب التعرض للحالتين كل على حده .

(أ) التمسك بالعقد المستتر :

للغير التمسك بالعقد الحقيقى (المستتر) ومن ثم اذا باع شخص مالا من أمواله بيعا صورياً صورية مطلقه كان لدائن البائع أن يتمسك بالحقيقة أى بعدم بيع وذلك حتى يعتبر المال باقيا فى ملك البائع فيستطيع أن ينفذ عليه . كذلك اذا رهن شخص عقارا رهنا صوريا صورية مطلقة كان لمشترى هذا العقار أن يتمسك بالحقيقة أى بعد وجود رهن . وبذلك تخلص له ملكية العقار الذى اشتراه عير محمله بالرهن . واذا وهب شخص لآخر مالا وسترا الهبه فى صورة بيع يكون لدائن الواهب أن يتمسك بالعقد الحقيقى وهو الهبه . وذلك حتى يستطيع

الطعن فى هذا العقد بالدعوى البوليصية دون حاجة إلى اثبات الغش . ويقع على الغير الذى يتمسك بالعقد المستتر أن يثبت صورية العقد الظاهر . وهو يستطيع أن يفعل ذلك بكل وسائل الاثبات . حتى ولو كانت قيمة التصرف تزيد على خمسمائة جنيه . ولو كان التصرف الظاهر فى ذليل كتابى [١] ويترتب على اثبات التصرف الحقيقى أن هذا التصرف هو الذى يعمل به . وينتج آثره فى العلاقة بين الغير وأطراف ذلك التصرف ويتحقق ذلك حتى ولو كان التصرف الصورى قد تم شهره . وعلى ذلك فأن تسجيل البيع الصورى أو هذا الرهن الصورى لايمنه الغير من التمسك بالحقيقة . ذلك أنه متى كان العقد صوريا فأنه لايكون له وجود قانونا . فتسجيله وعدمه سيان . ويستطيع الغير أن يتجاهله رغم تسجيله أو قيده [٢].

(ب) التمسك بالعقد الظاهر :

متى كان فى مصلحة الغير التمسك بالعقد الظاهر له التمسك به ويتحقق هذا بالنسبة لدائن المشترى بعقد صورى فمن مصلحته أن يتمسك بالعقد الصورى لما يترتب عليه من إدخال المبيع فى ذمة مدينة المشترى وبالتالى فى الضمان العام للدائنين . ورجح المشرع التمسك بالعقد الظاهر فى نص المادة ٢٤٤ مزنى رغبة منه فى حسم خلافا كان

---

(١) راجع د/ لبيب شنب المرجع السابق ص٢٧٨ .
(٢) راجع نقض مدنى ١٩٧٦/٤/٢٥ مجموعة المكتب الفنى فى ٢٥ عاما جـ٢ ص ٧٥٩ .

سائدا فى ظل التقنين المدنى وحماية لاستقرار المعاملات . ولكن المشرع قيد تمسك الغير بالعقد الظاهر بكونه حسن النية ويكون الغير حسن النيه اذا كان يجهل وقت نشؤ حقة بصورية العقد . أى أن يكون قد تعامل على أساس العقد الظاهر معتقدا أنه عقد جدى لاصورى . أما اذا كان الغير سئ النية بأن كان يعلم وقت نشؤ حقه بصورية العقد . فلا يكون له التمسك بالعقد الصورى لأنه يعلم أنه غير حقيقى فلا يكون فى اعمال العقد الحقيقى أية مفاجأة بالنسبة له . وبالتالى لايمس هذه الأعمال باستقرار المعاملات . والأصل هو حسن النية أى أن حسن النية مفترض . ويترتب على ذلك أن من يدعى سوء النية عليه عبء اثبات ذلك .

" تعارض مصالح الغير "

لما كان المشرع أجاز للغير فى الصورية التمسك بالعقد الظاهر أو المستتر حسب مصلحته وبشرط حسن النية . فقد يتعدد الأشخاص من الغير بالنسبة لتصرف معين . ويتمسك بعضهم بالعقد المستتر والبعض الآخر من الغير يتمسكون بالعقد الظاهر . فتتعارض مصالح كل فريق مع مصالح الفريق الآخر فأيهم يفضل ؟ لقد وضع المشرع حلا حاسماً لكل خلاف وهو وارد فى المادة ٢/٢٢٤ مدنى التى نصت على " اذا تعارضت مصالح ذوى الشأن فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك

الآخرون بالعقد المستتر كانت الأفضلية للأولين " يفهم من هذا النص المشرع رجح مصلحة الغير الذين يتمسكون بالعقد الظاهر حماية لاستقرار المعاملات . ومن ثم اذا أبرم بيع صورى صورية مطلقة فتمسك دائن البائع بالحقيقة أى بعدم وجود بيع . وبالتالى عدم انتقال الملكية للمبيع وتمسك دائن المشترى بالعقد الظاهر الصورى وهو البيع الذى ينقل الملكية إلى المشترى . فهنا يؤخذ بوجود البيع وأن الملكية تنتقل إلى المشترى فيستطيع دائن هذا المشترى أن ينفذ على المبيع باعتباره ملكا له . وبالعكس لايكون لدائن البائع أن ينفذ على ذلك المبيع لخروجة من ذمة مدينه ومن الضمان العام قبل التنفيذ .

المبحث الرابع

نظـام الاعســار

تمهيد :

لم يكن المشرع من قبل التقنين السابق يضع تنظيما للاعسار المدنى . ولكن اكتفى بمجرد الاشارة إلى مبدأ المساواة بين الدائنين فى الضمان العام دون أن يعنى بالعمل على تحقيق المساواة الفعلية بينهم . وايذاء هذا التقصير التشريعى اضطر المشرع إلى معالجة الاعسار المدنى فى ظل التقنين المدنى الجديد فى المواد من ٢٤٩ إلى ٢٦٤ مدنى وهو يختلف عن نظام الافلاس التجارى . ويكفل حماية الدائنين دون عنت بالمدين[١] وقد أوضح المشرع فى هذه المواد شروط شهر الاعسار والإجراءات التى تكفل له العلانية . ومايترتب عليه من آثار وأخيراً الأسباب التى تنتهى بها حالة الاعسار .وحالة الأعسار التى نظمها المشرع فى هذه النصوص لاتنشأ الا بموجب حكم قضائى .ويعبر عن الاعسار اذن بلفظ الاعسار القانونى لتمييزه عن الاعسار الفعلى الذى لايتطلب حكما بشهره . وسوف نعرض لهذه الأحكام تفصيلا فيما يلى :

١ - شروط شهر الاعسار :

ورد النص على هذه الشروط فى المادتين ٢٤٩-٢٥٠ مدنى

(١) أنظر فى الاعتراضات التى تعرض لها نظام الاعسار وفى الرد عليها مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ص٦٦٠ .

وبمقتضى هذه الشروط لابشهر اعسار المدين الا بموجب حكم قضائى بناء على طلب المدين نفسه أو طلب أحد الدائنين بشرط أن تكون أموال المدين غير كافية لسداد ديونه المستحقة الأداء . وبشرط أن يراعى القاضى قبل أن يشهر الأعسار جميع الظروف التى أحاطت بالمدين .

(أ) فى الغالب الأعم أن يكون طلب شهر الأعسار صادرا من أحد الدائنين ولايشترط أن يكون حق الدائن مستحق الأداء . فللدائن بدين مؤجل أن طلب شهر الأعسار بشرط أن يثبت أن أموال المدين لاتكفى لسداد الديون المستحقة . فيتوصل بذلك إلى اسقاط أجل دينه ويستطيع بالتالى مشاركة الدائنين الآخرين فى التنفيذ . كما قد يطلب المدين نفسه اعساره ذلك أن لنظام شهر الأعسار بعض المزايا بالنسبة للمدين . فللمدين كما سوف نعرض لاحقا أن يطلب مد أجل الديون - وله أن يحصل على نفقة من ايراده اذا كان الدائنون قد أوقعوا الحجز على ذلك الايراد .

(ب) يجب أن يثبت أن أموال المدين لاتكفى لسداد ديونه المستحقه الأداء . فاذا كان مدينا بعدة ديون البعض منها مستحق الأداء والآخر غير مستحق الأداء فلا يكفى لصدور حكم بشهر الأعسار . وفى هذا يختلف الأعسار القانونى عن الأعسار الفعلى الذى يعتد فيه بكافة الديون المستحق منها وغير المستحق [1]. واذا كان طلب شهر

(١) الاعسار الفعلى هو المقصود فى الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية بهذا المعنى السنهورى جـ ٦٩٢ .

الأعسارصادرا من أحد الدائنين فعليه يقع عبء الاثبات بكافة طرق الاثبات القانونية ومنها القرائن وقد قضى بأن توقف المدين عن دفع أحد ديونه المستحقه الأداء قرينة على الاعسار . فيتعين على المدين اذا أراد تلافى الحكم بشهر الاعسار أن يثبت أنه رغم توقفه عن الدفع لديه مايكفى لسداد ديونه المستحقه [1]. أما اذا كان المدين هو الذى طلب شهر الاعسار نفسه فاقراره بالاعسار كاف لثبوته [2].

(جـ) اذا توافر الشرط السابق فإن للقاضى مع ذلك سلطة تقديرية. فهو لايحكم بشهر الاعسار الا بعد مراعاة كافة الظروف التى أحاطت بالمدين سواء كانت هذه الظروف عامة أو خاصة . فقد يرفض طلب شهر الاعسار رغم كفاية أموال المدين لسداد ديونه المستحقه اذا كان اضطراب أحواله راجعا إلى أزمة اقتصادية عامة أو اذا كان قد ألم به عسر مؤقت مصيره إلى الزوال نظرا لموارده المستقبلية ومقدرته الشخصية . وعلى القاضى أن يراعى قبل الحكم بشهر الاعسار مدى مسئولية المدين عن الأسباب التى أدت إلى اعساره من ناحية ومصالح دائنيه المشروعة من ناحية أخرى . وقد نصت المادة ٢٥١ مدنى على هذه الظروف المختلفة على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر . فهى

(١) راجع حكم محكمة الاسكندرية الابتدائية ١٩٥٠/٤/٦ منشور فى مجلة التشريع والقضاء السنة ٢ ص٢١١ .

(٢) راجع د/ السنهورى ج ٢ ص ١٢١٧ هامش واحد " وأنه قصد بالاقرار بالاعسار مجرد التحايل " .

توجب على القاضى أن يراعى " كافة الظروف " وإضافة إلى الظروف التي عددتها كل طرف آخر من شأنه أن يؤثر فى حالة المدين المالية " والمحكمة المختصة بشهر الاعسار هى المحكمة الابتدائية التي يتبعها موطن المدين . فلا اختصاص اذن للمحاكم الجزئية وأوجب المشرع نظر هذه الدعوى على وجه السرعة .

٢ - اجراءات العلانية :

نصت على هذه الإجراءات العلنية المادة ٢٥٣ - ٢٥٤ مدنى . ولقد عنى المشرع بأن يحيط حالة الإعسار بالعلانية الكافية . وقد أراد بذلك أن يكفل علم الدائنين باعسار مدينهم فلا يتأخر أحدهم عن الاشتراك في التنفيذ بسبب جهله بأموال مدينه . وأراد بذلك الإخبار أن يكفل وسيلة العلم للغير . فلا يقبل من يتعامل مع المعسر أن يعتذر بجهله . وقد نص المشرع على نوعين من العلانية : علانية محلية فى محكمة موطن المدين . وعلانية عامة فى محكمة القاهرة الابتدائية وهي الجهة المركزية التي يجب أن يوجد بها سجل عام وكافة حالات الاعسار فى البلاد . فأوجب المشرع على المدين إذا تغير موطنه أن يخطر بذلك كاتب المحكمة التي يتبعها موطنه السابق [1]، وعلى هذا الكاتب

(١) كان المشرع فى المادة ٣٤٨ من المشروع يضع عقابا للمدين الذى لم يخطر عن تغير موطنه بعقوبة التبديد إذا كان التغيير بطريق الغش وحذف فى لجنة المراجعة رغبة فى عدم التوسع فى العقوبات عند بدء إدخال نظام الاعسار ونرى تعديل النص بوضع عقاب بعد ثبات هذا النظام وفاعليته فى المجال التطبيقى .

بمجرد علمه بتغير الموطن سواء أخطره المدين أم علم بذلك من طريق آخر كتتبيه أحد الدائنين أن يرسل على نفقة المدين صورة من حكم شهر الاعسار ومن البيانات المؤثرة بها فى هامش التسجيل إلى المحكمة التى يتبعها الموطن الجديد لتقدم بقيدها فى سجلاتها . وبذلك يستطيع كل ذى مصلحة أن يتحقق من مركز المدين بالرجوع إلى هذه السجلات .

٢ - آثار شهر الإعسار :

نظم المشرع آثار شهر الاعسار فى المواد من ٢٥٧ - ٢٥٩ مدنى . وقد راعى المشرع فى تنظيمه لهذه الآثار نظاما كل به حماية الدائنين تحقيقا للمساواة فيما بينهم وفى نفس الوقت لم يضح بمصلحة المدين .

وسوف نعرض لهذه الآثار فيما يلى :

أ - تحقيق المساواة الفعلية بين الدائنين :

جاء النص على هذه الحماية فى المادة ٢٥٥ مدنى التي نصت على " يترتب على الحكم بشهر الاعسار أن يحل كل مافى ذمة المدين من ديون موجلة . ويخصم من هذه الديون مقدار الفائدة الاتفاقية أو القانونية عن المدة التي سقطت بسقوط الأجل . لقد أراد المشرع باسقاط أجل الديون المؤجلة أن يحقق المساواة الفعلية بين الدائنين . اذ بذلك يستطيع الدائنيون المؤجلة ديونهم أن يشاركوا أصحاب الديون الحالة فى التنفيذ فورا على أموال المدين بدلا من الانتظار لحين حلول

آجال ديونهم فيتقدمون عليهم وقد لايبقى من أموال المدين شيئ بعد ذلك . وفى مقابل حلول أجال الديون أوجب المشرع خصم مقدار الفوائد عن المدة الباقية من الأجل . ومثال ذلك : إذا عجل مثلا دين مدنى مقداره ١٠٠ جنيه مستحق الأداء بعد مضى عام بغير فائدة وجب عندئذ أن تقتطع منه أربعة جنيهات فى مقابل الفوائد المحتسبة على أساس أن سعر الفائدة فى المسائل المدنية ٤٪ . ومما يجدر الاشارة إليه أن سقوط الأجل لايترتب عليه حتما الحكم بشهر الاعسار . بل لقد راعى المشرع مصلحة المدين . فأجاز للمدين أن يطلب ابقاء الأجل أو مده . بل أجاز له أن يطلب منحه أجلا بالنسبة للديون الحالة . وللقاضى أن يجيب المدين الى طلبه بشرط توافر شرطان : الأول : أن يكون فى الظروف ما يبرره كما إذا كان المدين سئ الحظ . والثانى : أن يكون ذلك أكفل برعاية مصلحة المدين والدائنين جميعا . كما إذا كان الأجل الممنوح يتيح للمدين فرصة تصفية أمواله وسداد ديونه وديا فى ظروف ملائمة . وتحقيقا لنفس مبدأ المساواة الفعلية بين الدائنين أنه لايجوز أن يحتج على الدائنين ذوى الديون الثابتة التاريخ قبل تسجيل صحيفة دعوي الاعسار بأى اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل[1]، كما لايسرى فى حق الدائنين . أى وفاء يقوم به المدين بعد ذلك بغير تفرقة بين الدين الحال والدين المؤجل [2]. ولم يجعل

---

(١) راجع د/ سليمان مرقص التأمينات العينية ١٩٥١ فقرة ١٠٣.

(٢) راجع د/ محسن شفيق فى الافلاس ص ٦٧ ، د/ السنهورى ج ٢ ص ١٢٣٢ هامش ١ .

المشرع لنظام التصفية الجماعية فى الاعسار المدنى مجالا بل احتفظ للدائنين بعد شهر الاعسار بحقهم فى اتخاذ الاجراءات الفردية ضد المدين . وتلك خاصة أساسية يتمتع بها الاعسار المدنى عن الافلاس التجارى . إذ أن العلانية التي حققها المشرع لحالة الاعسار كفيلة بتنبيه الدائنين الى اعسار مدينهم فيتقدمون جميعا للاشتراك فى التنفيذ على أمواله [١].

وبجانب هذه المساواة الفعلية عمل المشرع على بسط حماية فعالة من غش المدين من زاويتين هما :

١ - بعد تسجيل صحيفة دعوى الاعسار لايسرى فى حق الدائنين أى تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد فى التزاماته . وذلك دون حاجة الى اثبات غش المدين أو علم من تصرف له المدين بهذا الغش . وبذلك يكون المشرع قد أعمل حكم الدعوي البوليصية فى كنف نظام الاعسار بعد أن يسر من شروطها [٢]. ومن هنا يتضح أن المشرع كفل حماية الدائنين من التصرفات الضارة بمجرد تطبيق أحكام الدعوى البوليصية دون أن يصل الحد الى رفع يد المدين عن أمواله .

٢ - امعانا فى الحماية السابقة قرر المشرع توقيع التبديد على

---

(١) راجع مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٦٧٩ .

(٢) راجع د/ اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٢٢٣.

المدين اذا ارتكب عملا من أعمال الغش البين اضرار بالدائنين وذلك فى حالتين ورد النص عليهما فيالمادة ٢٦٠ مدنى (أ) : اذا رفعت عليه دعوي بدين . فتعمد الاعسار بقصد الاضرار بدائنيه . وانتهت الدعوي بصدور حكم عليه بالدين وشهر اعساره .

ب - اذا كان بعد الحكم بشهر اعساره أخفى بعض أمواله ليحول دون التنفيذ عليها . أو اصطنع ديونا صورية أو مبالغا فيها وذلك كله بقصد الاضرار بدائنيه .

ب - حماية مصلحة المدين :

لم يضحى المشرع بمصلحة المدين مطلقا . بل أوجب له حماية متمثلة فى رعاية مصلحته . فأجاز ابقاء الأجل أو مده بالنسبة إلى الديون المؤجلة كما أجاز منح المدين أجلا بالنسبة إلى الديون الحالة . ولم يقرر المشرع غل يد المدين عن أمواله بل تركه قائما عليها وجعل تصرفاته نافذة فى حق دائنيه اذا أودع المتصرف اليه ثمن المثل فى خزانة المحكمة [1].

وامعانا فى رعاية هذه المصلحة أجاز تقرير نفقة للمدين اذا أوقع الدائنون حجزا على ايرادته . وتقتطع هذه النفقة من الايرادات المحجوزة وليس من رأس المال . ويكون تقرير هذه النفقة بموجب أمر على عريضة يصدره رئيس المحكمة ويجوز التظلم منه فى خلال أيام تبدأ من تاريخ

(١) راجع د/ محسن شفيق الافلاس فقرة ٤٦ - ٤٩.

صدور الأمر ان كان المدين هو المتظلم . وتبدأ من تاريخ اعلان الأمر للدائنين ان كان التظلم منهم .

انتهاء حالة الاعسار :

تنتهى حالة الاعسار باحدى طريقتين : .

الأولى : بحكم قضائى : نصت على ذلك المادة ٢٦١ مدنى التى جاء نصها " تنتهى حالة الاعسار بحكم تصدره المحكمة الابتدائية التى يتبعها موطن المدين بناء على طلب ذى الشأن فى الحالتين الآتيين :

(أ) متى ثبت أن ديون المدين أصبحت لاتزيد على أمواله .

(ب) متى قام المدين بالوفاء بديونه التى حلت دون أن يكون لشهر الاعسار أثر فى حلولها . وفى هذه الحالة تعود آجال الديون التى حلت بشهر الاعسار إلى ماكانت عليه من قبل " .

ويصدر الحكم بانتهاء حالة الاعسار من المحكمة الابتدائية التى يتبعها موطن المدين . وليس من الواجب أن تكون هى نفس المحكمة التى أصدرت الحكم بشهر الاعسار . فقد يكون المدين غير موطنه بعد الحكم بشهر الاعسار [١]. ويصدر الحكم بناء على طلب كل ذى شأن من المدين نفسه أو الدائن أو الخلق الذى آل اليه مال من المدين [٢]. ويلتزم

---

(١) راجع د/ اسماعيل غانم أحكام الالتزام ص ٢٢٤ .

(٢) راجع المذكرة الايضاحية فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٦٩٩.

كاتب المحكمة بالتأشير بالحكم بانتهاء حالة الاعسار على هامش تسجيل صحيفة دعوى الاعسار وعليه أن يرسل صوره منه إلى قلم كتاب محكمة القاهرة للتأشير به كذلك .

الثانية : " تنتهى حالة الاعسار بقوة القانون " نصت على ذلك المادة ٢٦٢ مدنى التى جاء نصها " تنتهى حالة الاعسار بقوة القانون متى انقضت خمس سنوات على التأشير بالحكم الصادر بشهر الاعسار " . يتضح من ذلك أنه متى مضت خمس سنوات على تاريخ التأشير بالحكم الصادر بشهر الاعسار ولو كان السبب الذى من أجله أشهر الاعسار لازال قائما . أى ولو تكن للمدين أموال تكفى لمداد ديونه . وقد راعى المشرع فى ذلك أن مدة الخمس سنوات كافية يستطيع الدائنون خلالها القيام بتصفية أموال المدين .

ويترتب على انتهاء حالة الاعسار عدة آثار هى :

(١) أن يستعيد المدين حرية التصرف فى أمواله دون مراعاة للقيود التى نصت عليها المادتين ٢٥٧-٢٥٨ مدنى . على أنتهاء حالة الاعسار القانونى لا يمنع الدائنين من الطعن فى تصرفات المدين بالدعوى البوليصية . ولا من التمسك باستعمال حقوقه بالدعوى غير المباشرة متى كان الاعسار الفعلى متحققا وذلك طبقاً للقواعد العامة .

(٢) وفيما يتعلق بآجال الديون نصت المادة ٢٦٣ مدنى على أنه يجوز للمدين بعد انتهاء حالة الاعسار أن يطلب اعادة الديون التى كانت

قد حلت بسبب شهر الاعسار ولم يتم دفعها إلى أجلها السابق . بشرط أن يكون قد أوفى بديونه التى حلت دون أن يكون لشهرها أثر فى حلولها .

(٣) حقوق الاختصاص التى كانت قد تقررت لبعض الدائنين بعد تسجيل صحيفة دعوى الاعسار تصير نافذة بانتهاء حالة الاعسار [١].

المبحث الخامس

حق الحبس

"Droit de retention"

يعتبر الحق فى الحبس وسيلة شرعها المشرع للدائنين للمحافظة على أموال المدين . وقد تناولها المشرع فى المادة ٢٤٦ مدنى بالنص على أنه " لكل من التزم بأداء شئ أن يمتنع عن الوفاء به مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به أو مادام الدائن لم يقم بتأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا " . وايذاء هذا التشريع لابد لنا من التعوض للأحكام التفصيلية التى نظمها المشرع لبيان حقيقة هذا الضمان من حيث ماهيته وطبيعته القانونية ثم شروطه

---

(١) جاء بالمذكرة الإيضاحية : لمن يحصل من الدائنين على حق اختصاص بعد تسجيل صحيفة دعوى الاعسار أن يحتج به على من تنشأ ديونهم بعد حالة الاعسار " وينبهم من ذلك أن حقوق الاختصاص تبقى غير نافذه بالنسبة للدائنين السابقين على تسجيل صحيفة دعوى الاعسار . ولانرى مبررا لهذه التفرقة فبانتهاء حالة الاعسار تنتهى كافة آثارها ومن بينها حقوق الاختصاص فتصير نافذه فى مواجهة الدائنين جميعا السابقين منهم واللاحقين .

وحالاته والآثار التى تترتب عليه واخيرا انقضاء الحق فى الحبس وسوف نعرض تفصيلا لهذه الأحكام على النحو التالى :

أولاً : ماهية حق الحبس وطبيعته :

لقد تناول المشرع تعريف الحق فى الحبس فى المادة ٢٤٦ مدنى السابق الأشارة اليها . وهذا النص يفترض شخصين أحدهما يحوز شيئا عليه أداؤه للآخر .

وله فى نفس الوقت حق قبله مرتبط بالتزامه هذا فيكون له أن يحبس الشئ الذى التزم بأدائه إلى أن يوفى له حقه . ولنضرب مثالا يوضح ذلك : البائع فى عقد البيع له أن يحبس الشئ المبيع حتى يستوفى الثمن من المشترى والمودع عنده له أن يحبس الشئ المودع حتى يستوفى ما أنفقه فى حفظه من خساره بسبب الوديعة . فالحبس اذن وسيلة يراد بها حمل المدين على تنفيذ التزامه . وهو يبدو وسيلة طبيعية يقره العقل لأول وهلة . فأول مايحظر للدائنين أن كان مدينا فى نفس الوقت بأداء شئ لمدينه هو أن يحبس الشئ الذى فى يده حتى يقضى له حقه . كما أن لحق الحبس مايبرره من مقتضيات العداله وحسن النيه[١] فليس من المنطقى أن يطالب مدين دائنه بأن يؤدى اليه مالتزم به قبل أن يوفى هو بدينه . وقد اختلف الشراح فى تحديد الطبيعة القانونية لحق الحبس [٢]وانحصر هذا الخلاف فى رأيين " الأول يرى أن

(١) راجع د/ سليمان مرقص فقرة ٤١٥.
(٢) راجع د/ اسماعيل غانم فقرة ١١٤ - ١١٦ .

الحق فى الحبس هو حق شخصى . والثانى يرى أن الحق فى الحبس هو حقا عينيا . ولكننا نرى أن الاتجاه الأول غير صحيح وغير مقبول لأن الحق لأيرد على عمل التزم به المدين وانما يرد على الشئ الذى يمتنع الدائن عن تسليمه بغية استيفاء ماله . وأما عن الاتجاه الثانى فقد ذهب الكثير من الشراح فى فرنسا إلى أن الحق فى الحبس يتمتع بخصائص تميزه عن الحقوق العينية التبعيه . وفى هذا الاعتراف مايجعل الجدل حول عينية حق الحبس قليل الجدوى . وفى التشريع المصرى[١] يتجه الرأى السائد فى الفقه إلى الخروج من النطاق الذى انحصر فيه الخلاف فى الفقه الفرنسى فلا يعتبر الحق فى الحبس حقا عينيا ولا حقا شخصيا . وانما وسيلة ضمان يتمسك بها الدائن عند مطالبة بتسليم الشئ[٢] ويؤيد ذلك أن حق الحبس قد يرد على شئ غير معين أو شئ مملوك للدائن الحابس ذاته . وهذا لايستقيم مع اعتباره حقاً عينياً . وبالتوسع فى نطاق الحق فى الحبس يجعله شاملا لكافة أنواع الالتزامات أيا كان مضمونها بدلا من قصره على الالتزام بتسليم شئ . وبذلك يمتنع كل شك فى طبيعة ذلك الحق ويتعين اعتباره مجرد دفع من الدفوع ونرى ايذاء ذلك أن حق الحبس هو وسيلة من وسائل حق المدين على التنفيذ الاختيارى على نحو تمتنع مع الحاجة إلى سلوك التنفيذ الاجبارى .

---

(١) راجع مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص٦٤٨ - ٦٥١ .

(٢) راجع د/ عبد الله حجازى ، جـ ٣ صث١٢٧ ، د/ عبد الفتاح عبد الباقى ، فقرة ١٦٢ ، السنهورى جـ ١ ص٧٣٠ ، د/ سليمان مرقص فقرة ٤٢٦ ، د/ لبيب شنب فقرة ٢٦٨ ، د/ البدراوى فقرة ١٧٣ .

ثانيا : شرط الحق فى الحبس وحالاته :

لقد سلك المشرع المصرى اتجاها وسطا بين اتجاهين[١] الأول يضيق فى الحق فى الحبس ويقصره على حالة الشئ المحبوس فى حوزة الدائنين نتيجة للعقد الذى نشأ منه الديون . والثانى يوسع فى الحق فى الحبس فيعطية كل الحالات التى يحجز فيها الدائنين شيئا لمدينه . أى يمكن ايجاز القول أن القانون المصرى اختط سبيلا وسطا بين هذين الأتجاهين المضيق والموسع فأعطيا الحق فى الحبس فى الحالات التى يوجد فيها تلازم وارتباط بين الحق المطلوب والتزام الحابس بالرد . ونسطيع أن نورد هذه الشروط فيما يلى

١ - وجود التزام على الحابس بأداء شئ :

يقصد بالشئ هنا المنقول أو العقار . وقد يكون الشئ مثليا أو قيميا . وقد يكون ماديا أو غير ماديا وقد يكون محل الالتزام عمل أو امتناع عن عمل . ويخرج من نطاق الحق فى الحبس[٢] الأشياء العامة لأن فى حبسها تعطيلا للمنفعة العامة التى خضعت لها هذه الأموال . وكذلك الأشياء التى لايجوز الحجز عليها لأنه يترتب على حبسها تفويت الغرض الذى قصده المشرع من تقرير عدم جواز الحجز عليها . وفى الغالب الأعم يكون الشئ المحبوس مملوكاً للمدين . ولكنه قد يكون مملوكاً للدائن الحابس نفسه وعليه التزام بأدائه . فللمؤجر وهو مالك

---

(١) راجع د/ البدراوى المرجع السابق ص١٨٨ .
(٢) راجع د/ اسماعيل غانم المرجع السابق ص٢٤٣ .

العين المؤجرة أن يحبسها المستأجر حتى يستوفى ما اشترط تعجيله من أجرة . وقد يكون الدائن الحابس مجرد حائز عرضى فقط ليس لديه نية التملك كالمودع لديه والمستعير الذين أنفقوا مصروفات على الشئ مما يجوز لهم قانونا استردادها من المالك . فلهؤلاء جميعا أن يحبسوا الشئ الموجود فى حيازتهم . غير أنه يشترط ألا يكون الدائن قد توصل إلى وضع يده على الشئ بطريقة غير مشروعة كالسرقة أو الغصب . وقد نص المشرع فى المادة ٢/٢٤٦ مدنى " يحرم حائز الشئ أو محرزه من الحق فى حبسه اذا كان التزامه برده ناشئاً عن عمل غير مشروع " .

٢ - وجود حق للحابس مستحق الأداء :

لما كان الهدف من استعمال الحق في الحبس هو حس المدين على تنفيذ التزامه اختيارا . لذلك أوجب المشرع أن يكون حق الدائن مستحق الأداء أى واجب الوفاء به فورا وهذا ينطبق على حق الدائن المدنى دون مجرد دين طبيعى . لأن الالتزام الطبيعى لاجبر فيه [١]. كما يشترط أن يكون حق الحابس محقق الوجود . فلا يجوز الحبس اقتضاء لحق متنازع فيه منازعة جدية .

فمثلا لايجوز للمودع أن يحبس الوديعة حتى يستوفى تعويضاً يدعى أنه يستحق اذا كانت دعوى التعويض لم يفصل فيها بعد .

كما يشترط أن يكون حق الحابس مستحق الأداء . ولذلك لايجوز

(١) راجع د/ اسماعيل غانم المرجع السابق ص ٢٤٣ .

استعمال حق الحبس اقتضاء لحق مؤجل أو معلق على شرط واقف .

ولايخول الأجل القضائى الذى يمنحه القاضى للمدين دون استعمال الدائن للحق فى الحبس . وكذلك اذا تبرع الدائنين بأجل للمدين لم يمنعه هذا من الحق فى الحبس مالم يثبت المدين أن الدائن قد نزل بهذا الأجل الممنوع عن حقه فى الحبس [١].

٣ - وجود ارتباط بين حق الحابس وبين التزامه بأداء شئ :

لقد عبر المشرع المصرى عن هذا الارتباط فى عجز المادة ١/٢٤٦ مدنى التى نصت على " لكل من التزم بأداء شئ أن يمتنع عن الوفاء به مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام ماترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به . . . الخ " فلابد اذن من وجود رابطه ترتبط العين المحبوسه بالدين المحبوسه من أجله . أى يجب التعويل على السبب الذى من أجله وجد هذا الشئ فى حوزته . وهذا النص يوصى بأنه يجب أن تكون هناك رابطة سببية بين حق الدائن الحابس والتزامه برد الشئ . الا أن الراجح فقها [٢].أن صياغة هذه المادة صياغة غير موفقة ويكفى وجود الارتباط بين الشئ وبين الدين دون ضرورة لوجود علاقة السببية . وقد أجمع الشراح على أن هذا الارتباط الذى يتخذ احدى صورتين هما : الارتباط المعنوى . والارتباط المادى . وسوف نعرض لكل صورة على حدة فيما يلى :

---

(١) راجع د/ البدراوى ، هامش ١ ص١٩٠ أطلق على النص صياغة غير موفقة .

(٢) راجع تفصيلا نص المادة ١٦١ مدنى ود/ البدراوى المرجع السابق ص ١٩٠ .

أولا : الارتباط المعنوى :

يقصد بالارتباط المعنوى أى الارتباط القانونى أن توجد علاقة قانونية تبادلية بين التزام الحابس وحقه أى أن كل الالتزامين ناشئان عن عقد واحد وهذه العلاقة قد يكون مصدرها العقد الملزم للجانبين . وهذه أقصى صورة الارتباط . ذلك أن كل التزام هو سبب للالتزام المقابل ويتخذ الحبس عندئذ صورة الدفع بعدم التنفيذ له . وقد تكون العلاقة التبادلية دون أن يكون مصدرها عقد ملزم للجانبين . أى توجد نتيجة لانحلال عقد بالفسخ أو بالبطلان . فالفسخ أو البطلان يلزم كل من طرفى العقد برد ما أخذه . فهنا يجوز للدائن الحابس أن يحبس ما أخذه مادام المتعاقد الآخر لم يرد اليه ماتسلمه منه . وقد تكون العلاقة مصدرها عقد ملزم لجانب واحد مثل حق المودع لديه فى حبس الوديعة حتى يستوى ما أنفق من مصاريف فى حفظها . فالوديعة أصلا ملزمه للموديع لديه والتزام المودع . برد المصروفات لم ينشأ من العقد وانما نشأ من الفعل الناتج ، وقد تكون العلاقة مصدرها غير تعاقدى مثل التزام الفضولى برد المستولى عليه بسبب الفضاله . والتزام رب العمل بتعويض الفضولى عما أنفق . فالتزام الفضولى مصدره القانون . والتزام رب العمل مصدره الفعل النافع . فهما غير ناشئين عن عقد ورغم ذلك بينهما علاقة تبادلية .

ثانيا : الارتباط المادى

يتحقق الارتباط المادى أو الموضوعى بمناسبة الشئ أو بسببه ،ويتحقق الارتباط المادى حيث لايكون الشئ قد أل الى حوزة الحابس بناء على رابطة قانونية تربطه بالمدين ومالك الشئ . ويوجد مع ذلك ارتباط بين حق الحابس والشئ . فيحق لواضع اليد أن يسترد من المالك الحقيقى ما أنفقته من مصاريف ضرورية أو نافعة . وله أن يحبس الشئ إلى أن يستوفى هذه المصاريف . ففى هذه الحالة تكون العلاقة بين واضع اليد على الشئ ومن له الحق فى استرداده قد تبحث عن مجرد الحيازة للشئ دون أن توجد أى رابطة أخرى تربط بينهما . ويتحقق هذا الارتباط المادى فى حالتين . الأولى حالة ما اذا أنفق الحائز مصروفات يحق له قانونا استردادها . والثانية : حالة ما اذا أصابه ضرر من الشئ يتحقق عنه تعويضا . وقد يخضع نوعى الارتباط معا من ذلك حق المودع لديه فى الحبس بسبب المصروفات التى أنفقها أو ما أصابه من ضرر بسبب الشئ المودع . انما يستند إلى الارتباط المعنوى أو القانونى لأن هناك علاقة تبادلية بين التزامه بالرد والتزام المودع بالتعويض . وفى ذات الوقت يستند إلى الارتباط المادى أو الموضوعى فقد نشأ حقه عن الشئ المحبوس نفسه .

أهمية التفرقة بين نوعا الارتباط :

لهذه التفرقة بين الارتباط المعنوى والارتباط المادى أهميتها . اذ

باختلاف نوع الارتباط الذى يقوم عليه الحق فى الحبس يختلف مدى الاحتجاج به . فالحبس المبنى على الارتباط الموضوعى فى صورة استرداد المصروفات يجوز الاحتجاج على الكافة . أما فى غير ذلك من حالات الحبس سواء كان مبنيا على الارتباط الموضوعى فى صورة التعويض المستحق عن ضرر نجم عن الشئ أو كان مبنيا على الارتباط المعنوى أيا كانت صورته . فإن تحديد الأشخاص الذين يجوز الاحتجاج عليهم به كان محلا لمناقشات طويلة سوف نعرض لها تفصيلا عند الحديث عن آثار الحق فى الحبس . وباختلاف نوع الارتباط الذى يقوم عليه الحق فى الحبس يختلف محله ففى الحالة التى يبنى فيها الحبس على الارتباط المادى يقتصر الحبس على الشئ ذاته الذى أنفقت عليه المصاريف أو ترتب عليه الضرر . أما فى حالة الارتباط المعنوى فإن حق الحبس يمتد إلى كافة الأشياء التى على الدائنين التزام بأدائها مادام هذا الالتزام مرتبطا بالتزام الطرف الآخر ارتباطاً تبادليا . ولو كان حق الدائن الحابس قد نشأ بسبب مصروفات أنفقت على بعض هذه الأشياء دون البعض الآخر .

ثالثا: آثار الحق فى الحبس

(أ) الامتناع عن تسليم الشئ:

يتضمن لفظ الحبس[1] تعبيرا كاملا عن الأثر الجوهرى لحق

---

(١) راجع د/ اسماعيل غانم المرجع السابق ص٢٤٧ .

الحبس وهو سلطة الحابس فى ابقاء الشئ تحت يده إلى أن يستوفى ماله . أى أن الحبس هو امتناع مؤقت عن تنفيذ الالتزام إلى أن يقضى للحابس حقه . ومن ثم نرى أنه يتمثل فى دفع يدفع به الحابس مطالبة المدين له بالتسليم . ويريد الحابس عن طريق رفض تسليم الشئ أن يحمل المدين على الوفاء بالالتزام وفاء عاديا . ولكن المشرع أجاز للمدين إجبار الحابس . وذلك بمقتضى المادة ١/٢٤٦ مدنى على تسليم الشئ اذا قام بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه . سواء كان هذا التأمين شخصياً أو عينياً [١] وكل مايشترط فى التأمين أن يكون كافيا . وهذه مسألة موضوعية يفصل فيها قاضى الموضوع عند النزاع بعيدا عن نطاق الرقابة القانونية لمحكمة النقض . فإذا لم يقدم المدين تأمينا كافيا كان للحابس أن يمتنع عن تسليم الشئ . فلا يكفى أن يودع المدين المبلغ المستحق للدائن فى خزينة المحكمة [٢]. على أنه اذا كان حق الدائن غير معدوم المقدار جاز للمدين أن يطلب من المحكمة الأذن له بايداع مبلغ كاف على ذمة الدائن يستوفى منه حقه عند تقديره . ويكون للمدين بعد الايداع أن يجبر الحابس على التسليم [٣]. والأصل أن الحبس لايقبل التجزئه . فلا يسقط بقبول الوفاء الجزئى [٤] ولا يجوز

(١) راجع التأمينات العينية والشخصية د/ حمدى عبد الرحمن عام ١٩٩١م ص٢١٣ .

(٢) راجع استئناف مختلط ١٩٣٠/٥/١٥ على أنه اذا حكم بصحة العرض ولايداع فيجب على الحابس أن يسلم الشئ .

(٣) راجع نقض مدنى ١٩٣٦/٢/١٩ مجموعة القواعد ص١٥١١٨ .

(٤) راجع نقض مدنى ١٩٥١/٦/١٤ مجموعة النقض المدنى ص١٠٢٦ .

للمدين أن يطالب الحابس بتسليم جزء من الشئ المحبوس مقابل الجزء الذى وفى به . بل يحق للدائن أن يحبس الشئ كله إلى أن يستوفى حقه كاملا [١].

ولكننا نرى أن هذه القاعدة ليست قاعدة مطلقة . اذ يخفف من حدتها مبدأ عدم جواز التعسف فى استعمال الحق . فلا يجوز التمسك بحق الحبس اذا كان المدين قد قام بالوفاء بالجزء الأكبر من التزامه . ولم يبق الا جزء يسير لايكون مبررا لحبس الشئ كله [٢].

(ب) واجبات الحابس :

ولما كانت سلطات الحابس لاتعدو أن تكون محض امتناع عن تسليم الشئ . فإن ملكية الشئ تظل للمدين رغم بقائه فى يد الحابس . ويترتب على وجود الشئ فى يد الدائن الحابس الزامه بعدة واجبات . فقد أوجب المشرع على الحابس فى المادة ٢/٢٤٧ مدنى " أن يحافظ على الشئ وفقاً لأحكام رهن الحيازة وعليه أن يقدم حساباً عن غلته " . فيلزم الحابس بأن يبذل فى حفظ الشئ وصيانته عناية الرجل المعتاد . وليس للحابس أن ينتفع بثمار الشئ المحبوس . فهى من حق المالك ولازالت الملكية للمدين . وانما يحبس الثمار تبعا لحبس الشئ ذاته . على أن يقدم حسابا عنها إلى المدين وأن يردها اليه اذا ما استوفى حقه

---

(١) راجع د/ سليمان مرقص المرجع السابق فقرة ٤٢٧ .

(٢) راجع د/ عبد الفتاح عبد الباقى المرجع السابق فقرة ١٦٣ .

. فليس للحابس أن يتملك الثمار خصما من الدين . كما هو الحال فى الرهن الحيازى الا اذا توافرت شروط المقاصه [١]. وليس على الحابس التزام باستثمار الشئ المحبوس الا اذا كان هذا الاستثمار توجبه ضرورة المحافظة على الشئ ذاته . ويعتبر هو الحارس للشئ وهو المسئول عما يسببه الشئ من ضرر للغير طبقا للقانون . واذا ملك الشئ المحبوس فى يد الحابس كان مسئولا عن الهلاك مالم يثبت أن ذلك يرجع إلى سبب أجنبى ويتحمل الطرف الآخر تبعة الهلاك بسبب أجنبى . ولو كان الأصل أن التبعة على من فى يده الشئ بوصفة مدينا بالتسليم كما لايلتزم الحابس بتعويض الاضرار الناتجة عن امتناعه عن تنفيذ الالتزام . فالتعويض لايستحق الا اذا كان عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو التأخير فيه يتضمن خطأ منه . والحابس لم يقصر حين رفض تسليم الشئ إلى أن يقضى له حقه .

جـ - الأشخاص الذين يحتج مواجهتهم بحق الحبس :

أن أثر الحق فى الحبس لايقتصر على المدين الذى يطالب بتسليم الشئ وانما يتعداه إلى خلفه العام والى دائنيه العادين . اذ لبس الخلف العام أو الدائن العادى أيا كان تاريخ دينه سوئ حقوق السلف أو المدين .ولكن يلاحظ أن الأحتجاج بحق الحبس على الدائنين لايعنى أن للدائن الحابس أن يمتنع الدائنين من مباشرة اجراءات التنفيذ على الشئ وهو

(١) راجع د/ حمدى عبد الرحمن المرجع السابق ص٢١٢ .

فى يده . اذا أن الحبس لايجرد المدين من ملكيته ومادام الشئ مملوكاً له فهو جزء من الضمان العام المقرر للدائنين كافة . ولكن المقصودبالاحتجاج يحق الحبس على الدائنين هو أن للدائن الحابس أن يمتنع عن تسليم الشئ حتى بعد قيام الدائنين الآخرين بالتنفيذ فيكون له أن يمتنع عن تسليم الشئ إلى الراسى عليه المزاد إلى أن يقضى له حقه . ولكن يثور التساؤل هل يجوز الاحتجاج بحق الحبس على الخلف الخاص للمدين ؟ واذا لم يكن المدين مالكا للعين المحبوسة هل يجوز الاحتجاج بالحبس على المالك هذه المسألة محل خلاف فى الفقة [(١)]
ذهب اتجاه أول يرى التفرقة بين الحبس المبنى على الارتباط الموضوعى بسبب انفاق مصاريف على الشئ ذاته . وبين الحبس المبنى على الارتباط المعنوى أو المادى فى الصورة التى يكون فيها الحابس دائنا بالتعويض عن الضرر الذى أصابة من الشئ . ففى الصورة الأولى : يحتج بالحبس على الكافة اذ أن الشئ المحبوس قد أفاد من المصاريف التى أنفقت عليه . وقد استفاد تبعا لذلك كل من يطالب باسترداده . فيسرى الحبس على الخلف الخاص للمدين سواء كان قد تلقى الحق عنه قبل وجود الشئ فى يد الحابس أو بعده فيجوز للدائن الحابس أن يمتنع عن العقار المحبوس فى مواجهة الدائن المرتهن ولو كان الرهن مقيدا على العقار قبل أن يتسلمه الحابس . واذا كان الحابس قد تسلم الشئ

(١) أنظر فى عرض هذا الأراء تفصيلا د/ السنهورى نظرية العقد ص٧٢١ واسماعيل غانم ص٢٤٩ .

من غير مالكه . فقام باتفاق مصاريف عليه . ثم طالب المالك الحقيقى باسترداده . فإن للحابس أن يحتج عليه بالحبس . اذ أن المالك فى هذه الحالة هو المدين بالمصاريف . وفى الصورة الثانية فإذا لم يكن المدين مالكا للعين المحبوسة نطالب المالك باستردادها . فلا يجوز للدائن أن يحتج بحقه فى الحبس على المالك . ولنضرب مثالا يوضح ذلك .

أن بيع شخص ملك غيره ويقبض الثمن ثم يبطل المشترى البيع . فيكون للمشترى الحق فى استرداد الثمن من البائع وله أن يحبس المبيع عنه الي أن يستوفى حقه . ولكن ليس للمشترى إذا قام المالك الحقيقى برد الشئ أن عن التسليم محتجا بحقه فى الحبس . إذ لا شأن للمالك الحقيقى بالعلاقة التي تربط المشتري بالبائع أما الخلف الخاص كالمشترى والدائن المرتهن فان الاحتجاج بالحبس عليه يتوقف على تاريخ التسجيل أو القيد أن كانت العين المحبوسة عقارا[١]. أما إذا كانت العين المحبوسة منقولا فيتوقف على تاريخ انعقاد التصرف . اذ ليس للخلف من الحقوق أكثر مما كان للمدين وقت أن تلقى عنه الحق[٢].

رابعا : انقضاء الحق فى الحبس

ينقضى الحق فى الحبس باحدى طريقتين أما بطريق تبعى أى تبعا

---

(١) راجع د/ عبدالفتاح عبدالباقى ، المرجع السابق فقرة ١٦٦.

(٢) راجع د/ السنهورى ج ٢ فقرة ٦٧٤ ، يجيز للحابس حسن النية أن يستند الى حيازة المنقول فى التمسك بالحق فى الحبس .

لانقضاء حق الحابس ، كما ينقضى بطريق أصلى أى مستقلا عن هذا الحق . وسوف نعرض لكل منهما على النحو التالى :

أ - **انقضاء الحق فى الحبس بطريق تبعى :**

ينقضى الحق فى الحبس بانقضاء الحق المضمون وتبعا له . فلو نقضى هذا الحق بالوفاء أو بما يقوم مقام الوفاء . كالتجديد المقاصة واتحاد الذمة . اقنضى الحق فى الحبس . وكذلك ينقضى الحبس بانقضاء الحق المضمون بغير وفاء أصلا . كما لو أبرأ الدائن المدين من الدين أو سقط الدين لاستحالة تنفيذه لسبب أجنبى . ويلاحظ أن بقاء العين المحبوسة تحت يد الحابس يعتبر اقرارا متجددا من جانب المدين المالك للعين بأنه مدين للحابس . ولذلك فان الحق المضمون بالحبس لايسقط بالتقادم مادامت العين المحبوسة باقية تحت يد الدائن الحابس . ولذلك لايتصور انقضاء الحق فى الحبس بتقادم الدين المطعون .

ب - **انقضاء الحق فى الحبس بطريق أصلى :**

أوجب المشرع فى نص المادة ١/٢٤٦ مدنى والذى قد أشرنا إليه سلفا أن الحق فى الحبس يسقط فى حالة تقديم المدين للدائن تأمينا كافيا . استعمال الحق [١].

ويسقط الحق فى الحبس كذلك فى حالة هلاك الشئ المحبوس . ير أنه إذا هلكت العين باستحق عنها تعويضا أو مبلغ تأمين . فان هذا

(١) راجع د/ البدراى ، المرجع السابق ص ٢٠٤ - ٢٠٥.

المبلغ سواء التعويض أو التأمين يحل محل العين الهالكة . وذلك طبقا لقاعدة الحلول العينى .

وأيضا يسقط الحق فى الحبس اذا أخل الحابس بالتزامه بالمحافظة على العين المحبوسة وذلك طبقا للقواعد العامة .

وأخيرا يسقط الحق فى الحبس بخروج العين من يد الحابس خروجا اراديا وقد جاء ذلك فى المادة ١/٢٩٨ مدنى " ينقضى الحق فى الحبس بخروج الشئ من يد حائزة أو محرزة " ولقد جاء فى نص الفقرة الثانية من المادة السابقة " ومع ذلك يجوز للحابس اذا خرج الشئ من يده خفيه أو بالرغم من معارضته أن يطلب استرداده اذا هو قام بهذا الطلب خلال ثلاثين يوما من الوقت الذى علم فيه بخروج الشئ من يده . وقبل انقضاء سنة من وقت خروجه " . ومما يجدر الاشارة اليه فى هذا المقام أن المراد بالخروج الذى يؤدى الى انقضاء الحق فى الحبس هو الخروج الاختيارى . أما إذا كان خروج الشئ رغما عنه . أو خفية فان الحق فى الحبس لاينقضى . ويحق للدائن الاسترداد حتي ولو كان حائزة حسن النية . ولكن المشرع أوجب على الحابس هذا الاسترداد فى ظرف ثلاثين يوما تحسب من تاريخ علمه بخروج الشئ من يده . أو فى ظرف سنة على الأكثر من تاريخ خروجه .

الباب الثالث

أوصـــاف الالتــزام

تمهيد :

يقصد بوصف الالتزام الأمور التي تضاف اليه لتعدل من أثره .
وهذه الأوصاف تنقسم الى ثلاثة أنواع منها ما يتعلق بنفاذ الالتزام أو وجوده فى ذاته وهذا الوصف يطلق عليه الأجل والشرط . ومنها ما يتصل بمحل الالتزام فقد يتعدد المحل ويكون الالتزام تخييرا أو بديلا على حسب الأحوال وقد يرد التعدد على أطراف الالتزام . فعندئذ يتعدد الدائنون أو المدينون فى الالتزام الواحد . ويتحقق ذلك فى التضامن وعدم القابلية للانقسام . واذا لم يلحق الالتزام أى من هذه الأوصاف يكون التزاما بسيطا منجزا . ولقد عالج المشرع فى التقنين المدنى المصرى هذه الأوصاف الثلاثة فى الباب الثالث من الكتاب الأول الخاص بالالتزامات بوجه عام فى المواد من ٢٦٥ - ٣٠٢ مدنى . ومن هنا تأتى خطة البحث فى هذا الباب مقسمة الى فصول ثلاثة هى:

الفصل الأول

الشرط والأجل

تمهيد وتقسيم :

يعتبر الشرط والأجل وصفان يلحقان الالتزام يعدلان من أثاره - ولكن تأثيرهما على الالتزام ليس واحدا فعندما يقترن الالتزام بأجل أو يعلق على شرط يصبح غير مستحق الأداء . أى غير واجب النفاذ . أى أن الدائن لايستطيع مطالبة المدين بالتنفيذ الا اذا أصبح الالتزام بسيطا. وطالما أن الالتزام مؤجلا أو مشروطا فلا يحق للدائن القيام بإجراءات التنفيذ . ومن هنا كان لكل من هذان الوصفان أحكامه المختلفة عن الآخر . ولذلك نفصل أحكام كل منهما فى مبحث مستقل على النحو التالى :

المبحث الأول

الشرط

ماهية الشرط وأنواعه :

الشرط هو أمر عارض تضيفه الارادة إلى التزام استكمل كل العناصر التي يشترطها القانون [١] وللشرط معان متعددة[٢] فعلى المعني الواسع ، يطلق الشرط للدلالة على كافة الأحكام التي اتفق عليها الطرفان فى العقد . فيقال أنه يشترط في عقد البيع أن يتم دفع الثمن على أقساط أو أن يتحمل البائع نفقات العقد . وليس فى كل ذلك تعليق لوجود الالتزام أو زواله على أمر مستقبل غير محقق الوقوع. وهى ليست وصفا فى الالتزام وإنما هى بند من بنود العقد . وقد يطلق لفظ الشرط للدلالة علي عنصر من العناصر التى يتطلبها القانون لترتيب أثر معين . فيقال أن شرط القضاء بالنفقة هو الحاجة اليها أو أن الرسمية شرط من شروط انعقاد الهبة . فالشرط على هذا المعنى مصدره الارادة وليس القانون . وبه تضيف الارادة عنصرا جديدا الى العناصر التي يتطلبها القانون . وعلى ذلك فلا يجوز أن يقال أن الالتزام بالنفقة التزام معلق على شرط واقف هو الاحتياج أو أن مجرد توافق ارادة

---

(١) راجع د / البدراوى ، المرجع السابق ، ص ٢٣٠.

(٢) راجع د/ اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٢٨٦ ، ومن هذا القبيل الشرط الجزائى وشرط المنع من التصرف .

الواهب والموهوب له يلزم الواهب التزام معلق على شرط واقف هو صياغة العقد فى الشكل الرسمى . ولهذه التفرقة بين الشرط الواقف وبين الشروط القانونية التي يتطلبها القانون لنشوء الالتزام أهمية عملية ، فللشرط كوصف فى الالتزام أثر رجعى فاذا تحقق استند أثره الى وقت انعقاد التصرف . أما الشروط القانونية . فالأصل أن ليس لها أثر رجعى . فلا تترتب الا من وقت استكمالها [1]. وقد ورد النص على الشرط كوصف للالتزام فى المادة ٢٦٥ مدني " يكون الالتزام معلقا على شرط اذا كان وجوده أو زواله مترتبا على أمر مستقبل غير محقق الوقوع " . يفهم من هذا النص أن الشرط هو أمر مستقبل غير محقق الوقوع يترتب على وقوعه وجود الالتزام . وهذا هو الشرط الواقف . أو زواله وهذا هو الشرط الفاسخ . ومثل الشرط الواقف أن يلتزم شخص بهبة آخر مالا معينا اذا تزوج أو ولد له ولد . ففى هذه الحالة لايكون الواهب ملتزما بالهبة الا اذا تم الزواج أو ولد الولد . فان تحقق الشرط وجد الالتزام فان تخلف الشرط امتنع وجود الالتزام وعلى العكس يكون الشرط فاسخا اذا اتفق على انشاء الالتزام من أول الأمر على أن ينفسخ اذا تحقق الشرط . مثل ذلك أن يتعهد شخص لآخر بأن يهبه مالا معينا على أن تفسخ الهبة ويعود المال . الى الواهب اذا رزق ولدا . أو ينص فى عقد الايجار على أن يكون للمؤجر أو للمستأجر فسخ العقد قبل

---

(١) راجع د / اسماعيل غانم ، الوجيز فى عقد البيع ١٩٦٣ فقرة ١١٦ نقد فكرة الأثر الرجعى للتسجيل .

انقضاء مدته فى أى وقت يريد بخطاب يرسله للطرف الآخر .

الخصائص الواجبة لصحة التعليق على الشرط :

يقصد بهذه الخصائص مقومات الشرط [(١)]، أى مايجب توافرة فى الواقعة حتى يصح تعليق الالتزام عليها . وقد أوضح المشرع ذلك فى المواد من ٢٦٥ الي ٢٦٧ مدنى . ويمكن اجمال هذه الخصائص فيما يلى :

١ - أن يكون الشرط أمرا مستقبلا :

يجب أن تكون الواقعة الشرطية أمرا مستقبلا . أى أن يكون تحققها لاحقا على انعقاد العقد . فاذا كانت الواقعة قد تحققت بالفعل عند التعاقد كان الالتزام منجزا غير مشروط . حتي ولو كان المتعاقدان يجهلان تحققها وقت العقد . ومثل ذلك أن يعد شخص آخر بجائزة أن عثر له على مال مفقود . أو أن يبيع شخص لآخر منزلا ان هو نقل من المدينة التي يعمل بها الى مدينة أخرى [(٢)]، أو أن تهب سيدة لأخرى وتحتفظ لنفسها بالحق في الرجوع فى الهبة أن رزقت ولد ففي هذه الأمثلة يعلق المتعاقدان التصرف المعقود على واقعة مستقبلة غير محققة الوقوع ولايعتبر معلقا على شرط اذا كان هذا الشرط قد تحقق في الماضى أو الحاضر حتى ولو كان المتعاقدان يجهلان ذلك .

(١) راجع د/ البدراوى ، المرجع السابق ص ٢٣٢.

(٢) راجع د/ محمد على عمران ، أحكام الالتزام ١٩٩٢ ص ١٤٤.

٢ - أن يكون الشرط أمرا غير محقق الوقوع :

لاتعتبر شرطا الا الواقعة غير محققة الوقوع . أو كما يقول فقهاء الشريعة الإسلامية يجب أن يكون فعل لاشرط معدوما على خطر الوجود. لا محققا ولا مستحيلا . فاشتراط كون الشرط أمرا غير محقق يتنافى مع ما يلي :

أ - أن تكون الواقعة محققة الوجود بالفعل .

ب - أو أن تكون مستحيلة الوقوع .

ج - أو أن تتحقق بارادة المدين في الشرط الواقف ، سوف نزيد الأمر تفصيلا على النحو الآتي :

أ - يجب ألا يكون الشرط أمرا محقق الوقوع :

لقد نصت صراحة على ذلك المادة ٢٦٥ مدني التي عرفت الشرط بأنه واقعة مستقبلة غير محققة الوقوع فاذا كانت الواقعة المستقبلة التي علق عليها الالتزام محققة الوقوع في المستقبل فان هذا الالتزام لايكون معلقا على شرط بل يكون مضافا إلى أجل . فإذا كان الشرط هو الواقعة المستقبلة غير محققة الوقوع . فان الأجل هو الواقعة المستقبلية المحققة الوقوع . ويكون الأمر المحقق الوقوع في المستقبل أجلاً حتى ولو كان حدوثه غير محقق سلفا كالموت فهو أجل غير معين سلفاً . ولكن إذا أقترن الموت بمدة معينة كان شرطا وليس أجلا [(١)]. كتعليق

(١) راجع د/ محمد على عمران ، المرجع السابق ، ص ١٤٥.

التزام على وفاة شخص معين قبل تاريخ معين أو قبل موت شخص آخر . ذلك أن وقوع الموت فى خلال مدة معينة أو بترتيب معين هو أمر غير مؤكد ويمكن القول اذن . أن التزام شركة التأمين بدفع مبلغ التأمين الى المستفيدين من التأمين عند وفاة المؤمن عليه . هو التزام مضاف إلى أجل لا معلق على شرط [١].

ب - ألا يكون الأمر مستحيل الوقوع :

تناول المشرع ذلك فى المادة ١/٢٦١ مدنى التي نصت " لايكون الالتزام قائما اذا علق علي شرط غير ممكن هذا اذا كان الشرط واقفا . أما اذا كان الشرط فاسخا فهو نفسه الذى يعتبر قائما " . يتضح من هذا النص أنه يجب أن يكون وقوع الشرط فى حيز الامكان [٢] ، وان كان غير محقق . وبذلك يكون من أثر التعليق أن يجعل مصير الالتزام مجهولا . فاذا كانت الواقعة المشروطة مستحيلة الوقوع انتفت حقيقة التعليق . اذ يكون من المحقق أنها لن تقع ، وقد تكون الاستحالة قانونية أى ترجع الى نص القانون كتعليق الالتزام على زواج أحد المحارم . فزواج المحارم مستيحل قانونا وإما أن تكون الاستحالة مادية ترجع الي طبيعة الأشياء مثل تعليق الالتزام على اكتشاف دواء يطيل الحياة ، ومما يجب التنويه به أن الاستحالة المعنيه هنا هى الاستحالة المطلقة التى تقوم بالنسبة لكافة الناس .أما الاستحالة

(١) راجع د/ السنهورى ، الوسيط ج٢ فقرة ١٠ .

(٢) راجع د. البدراوى ، المرجع السابق ص ٢٣٤ .

النسبية أى التى لاتقوم الا بالنسبة للبعض فهى لاتحول دون صحة الشرط والالتزام المقترن به . فإذا علق الالتزام على شرط مستحيل كان الشرط باطلا وقد يبطل الاتفاق المطلق عليه وان أصبح الشرط ممكنا فيما بعد .

هـ- يجب ألا يكون تحقيق الشرط الواقف معقودا بمحض ارادة المدين:

ذهب الفقة على تقسيم الشرط من حيث تعلقه بارادة الطرفين إلى ثلاثة أنواع هى :

الشرط الاحتمالى = الشرط المختلط ـ الشرط الارادى (١)

فالشرط الاحتمالى :

هو الذى لادخل لارادة المدين أو الدائن فى وقوعه ويكون المرجع فى وقوعه من عدمه موكولا إلى الصدفة أو إلى ارادة شخص من الغير ومثل ذلك كما لو اتفق فى عقد بيع سلعة معينه على فسخ عقد البيع اذا أصدر وزير الاقتصاد قرارا بمنع تصدير تلك السلعة . والشرط الاحتمالى شرط صحيح سواء كان شرطا واقفا أم فاسخاً .

أما عن الشرط المختلط :

هو مايكون تحققه رهنا أحد الطرفين وبعامل خارجى فى آن واحد كإرادة شخص معين من الغير . ومثله الزواج من سيده معينة فهذا شرط

(١) راجع تفصيلا ، د/ اسماعيل غانم المرجع السابق ص٢٩١ .

يتعلق بإرادة من اشترط عليه الزواج وبإرادة من اشترط منها وهو شرط صحيح سواء كان واقفا كما لو التزم شخص بهبة مالا معينا إذا تزوج من قريبة له . أو كان شرطا فاسا كما لو وهب والد لابنه مالا .

والشرط الإدارى:

هو الذى يكون أمر وقوعه رهنا بإرادة أحد اطرفين وهو نوعان : شرط إرادى بسيط وشرط إرادى محض ؟

والشرط الإرادى البسيط :

لايتوقف حصوله على مجرد تعبير عن الإرادة وإنما يقتضى القيام بعمل معين . من ذلك أن يتعهد تاجر بأن يستخدم شخصا معينا إذا افتتح لتجارته فرعا فى الأسكندرية . أو أن يشترط فسخ الهبة اذا تزوج الواهب أو الموهوب له . والشرط الارادى البسيط شرط صحيح سواء تعلق بإرادة الدائن أو المدين وسواء كان الشرط واقفا أم فاسخاً .

أما الشرط الإرادي المحض :

هو الذى لايتطلب سوى مجرد تعبير عن الإرادة فيكون وجود الالتزام أن كان الشرط واقفا أو زواله أن كان الشرط فاسخا رهنا بمشيئة أحد الطرفين ومثال ذلك " أهبك مائة جنيه إذا أردت " هذا شرط واقف يتعلق بمحض إرادة المدين أو " أهبك مائة جنيه إذا طلبت " هذا شرط واقف متعلق بمحض إرادة الدائن . أو أن يتفق على أن يكون للمستأجر

أو للمؤجر فسخ الإيجار فى أى وقت يشاء . وهذا شرط فاسخ متعلق بمحض إرادة المدين أو الدائن على حسب الأحوال .

وقد نصت المادة ٢٦٧ مدنى " لايكون الالتزام قائما إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض ارادة الملتزم .

ومعني ذلك أن أهمية تقسيم الشرط الى احتمالى ومختلط واردى بسيط ومحض لاتظهر الا بالنسبة للشرط الواقف دون الشرط الفاسخ . فالشرط الفاسخ يكون صحيحا دائما حتى ولو كان شرطا إراديا محضا حتى ولو تعلق بإرادة المدين .

٤ - يجب أن يكون الشرط مشروعا (غير مخالف للنظام العام أو الآداب) :

يقصد بالشرط غير المشروع الشرط المخالف للنظام العام أو الآداب . وليس معني عدم مشروعية الشرط أن تكون الواقعة المشروطة غير مشروعة . فقد تكون الواقعة محل الشرط مخالفة للنظام العام . أو الآداب ويكون مع ذلك الشرط مشروعا صحيحا . فإرتكاب جريمة واقعة غير مشروعة ولكن يصح اشتراطها كشرط فاسخ للالتزام . فتصح الهبة مع اشتراط الفسخ أن ارتكب الموهوب له جريمة معينة . اذا لايقصد بالشرط فى هذه الحالة تحقيق أمر غير مشروع بل المقصود منعه . وبالعكس قد تكون الواقعة لا مخالفة فيها للنظام العام أو الآداب ، ويعتبر اشتراطها شرطا غير مشروع . من ذلك أن يهب شخص لآخر مالا

معينا على أن تفسخ الهبة اذا لم يقم الموهوب له بقتل شخص يعينه له الواهب . فعدم القتل أمر مشروع ولكن اشتراطه شرطا فاسخا يكون شرطا غير مشروعا اذ قد قصد به أمر غير مشروع هو حمل الموهوب له على ارتكاب القتل . ويتضح من ذلك أن العبرة فى مشروعية الشروط هى بالغرض المقصود منه لا الواقعة المشروطة [١]، وإذا كان الشرط غير مشروع على هذا المعني كان اشتراطه باطلا . ولهذا أثره فى الالتزام المعلق ذاته . وقد فرقت المادة ٢٦٦ مدنى فى هذا الصدد بين الشرط الواقف والشرط الفاسخ فإذا كان الشرط غير واقفا فلا يقوم الالتزام . ذلك أن الشرط الواقف وقد علق عليه وجود الالتزام يختلط بالباعث الدافع والقاعدة هي بطلان التصرف ان كان الباعث عليه غير مشروع . ومادام التصرف باطلا فلا ينشأ الالتزام .

أما إذا كان الشرط غير المشروع فاسخا فقد نص المشرع فى المادة ١/٢٦٦ مدنى على أنه " هو نفسه الذى يعتبر غير قائم ، وأضافت الفقرة الثانية " ومع ذلك لايقوم الالتزام الذى علق علي شرط فاسخ مخالف للآداب أو النظام العام اذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للالتزام " .

ولنا أن نتسأل مع أستاذنا الفاضل الدكتور البدراوي عن حكم الشرط غير المشروع هل يبطل الشرط وحده ويصح العقد ؟ أم أن يبطل

(١) راجع د/ اسماعيل غانم ، ص ٢٩٢.

الشرط والعقد بالتبعية لذلك ؟ سبق أن حللنا ذلك بالنسبة للتشريع المصرى فى عجز المادة ٢٦٦ مدنى المشار اليها سلفا . وخلصنا الى أنه لايقوم الالتزام الذى علق على شرط فاسخ مخالف للنظام العام أو الآداب إذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للالتزام أم عن التشريع الفرنسى فنجد أن المشرع الفرنسى تناول ذلك فى المادتين ١١٧٢ مدني فرنسى والتي تنص على " أن الشرط المستحيل أو المخالف للآداب أو الذى يحرمه القانون باطل ويؤدى إلى بطلان الاتفاق الذى يعتمد عليه وكذلك المادة ٩٠٠ مدني فرنسى الذى تنص على أنه إذا اقترنت الهبة بشرط مستحيل أو مخالف للنظام العام أو الآداب بطل الشرط وصحت الهبة . ومن هنا يتضح أن المشرع الفرنسى فرق بين المعاوضات والتبرعات . فحيث يرد الشرط المستحيل أو غير المستحيل فى معاوضة فان البطلان للشرط يستتبع بطلانها . أما فى التبرعات فيبطل الشرط وتبقى الهبة صحيحة .

الآثار التى تترتب علي الشرط :

فى واقع الأمر أن دراسة آثار الشرط توجب علينا أن نميز بين آثاره فى فترة التعليق ثم آثاره بعد انتهاء تلك الفترة أى بعد تحقق الواقعة المشروطة أو تخلفها . وهذا يوجب أيضا التمييز بين الشرط الواقف والفاسخ فى كل مرحلة .

---

(١) راجع د/ البدراوى ، المرجع السابق ص ٢٤١.

١ - آثار الشرط أثناء التعليق :

أ - الشرط الواقف :

أن الشرط الواقف يوقف وجود الالتزام إلى أن تتحقق الواقعة المشروطة فليس للدائن حق مؤكد . اذ لايدرى أن يتحقق الشرط أم لايتحقق . على أنه ليس معني هذا أنه لايوجد رابطة قانونية بين الدائن والمدين أثناء فترة التعليق . فلا شك أنه ليس للمدين أن يعدل عما تعهد به ولو كان قد علق التزامه على شرط واقف لم يتحقق بعد . فليس للدائن مجرد أمل للمدين أن يخلفه . بل أن له حقا مكتسبا أثناء فترة التعليق . فهو وان لم يكسب بعد الحق الذى تعهد به المدين الا أن له حقا مكتسبا فى أن يوجد الالتزام اذا ما تحققت الواقعة المشروطة . ويعبر عادة عن مركز الدائن أثناء فترة التعليق بالقول ان له حقا محتملا . فهو حق لامجرد أمل ولكنه حق غير مؤكد الوجود . ومادام حق الدائن فيما يتعهد به المدين حقا محتملا فحسب فهو بالأولى حق غير نافذ . فليس مثله فى ذلك مثل الدائن بالتزام مضاف الى أجل واقف أن يتخذ الوسائل التنفيذية للمطالبة بحقه أو أن يقاص به مدينه فى دين عليه . وليس له أن يلجأ الى الدعوي البوليصية ويقابل هذا أن التقادم لايسرى أثناء فترة التعليق . وإذا كان الالتزام المعلق التزاما بنقل ملكية شئ معين بالذات فلا تنتقل الملكية الى الدائن الا معلقة على الشرط الواقف وذلك سواء أكان الشئ منقولا أو عقارا وتم التسجيل للتصرف ويكون

المدين مالكا تحت شرط فاسخ . وبالاضافة إلى ذلك إذا أدى المدين الدين للدائن أثناء فترة التعليق فله أن يسترد ما أداه إذ يكون غير المستحق . ولا محل لتطبيق المادة ٢/١٨٣ مدنى فلا سبيل أمام الدائن الى الاحتفاظ بما تسلم كما هو الحال فى الوفاء المعجل بدين مؤجل . إذ ليس من المؤكد أن يتحقق الشرط على عكس الحال فى الأجل . غير أنه لما كان للدائن حق محتمل فانه له أن يعمل على المحافظة على حقه. وقد نصت المادة ٢٦٨ على ذلك . فبعد أن نصت على أن الالتزام المعلق على شرط واقف لايكون نافذا الا اذا تحقق الشرط أما قبل تحقق الشرط فلا يكون الالتزام قابلا للتنفيذ القهرى . فقد أضافت الى ذلك "على أنه يجوز للدائن أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقه . فاذا كان الالتزام ينقل ملكية عقار جاز للدائن أن يسجل العقد حتى تنتقل اليه الملكية معلقة على شرط واقف . كما يجوز أن يقيد الرهن الذى قرر ضمانا لحقه المحتمل . ويجوز له أن يتدخل فى اجراءات القسمة وفى الدعاوى التى يكون المدين طرفا فيها . كما يجوز له أن يرفع الدعوى غير المباشرة ودعوى الصورية اذ لايشترط فى هذين الدعويين أن يكون حق الدائن مستحق الأداء [١].

---

(١) راجع نص المادتين ٥٤٣ ، ٦٠٤ مرافعات لايجوز الحجز الا اذا كان الدين المحجوز له حال الأداء .

ب - آثار الشرط الفاسخ :

ان الالتزام المعلق على شرط فاسخ قائم أثناء فترة التعليق وان كان مهددا بخطر الزوال . تترتب عليه كافة الآثار التي تترتب على الالتزام البسيط غير الموصوف . فيكون للدائن أن يباشر اجراءات التنفيذ ويسرى التقادم المسقط ضده . وله أن يتمسك بالمقاصة بين حقه وبين ماقد ينشأ فى ذمته من التزام لصالح مدينه ولو كان هذا الالتزام منجزا [1] كما أن له أن يلجأ الى الدعاوي الثلاث التي تهدف الى المحافظة على الضمان العام . بما فى ذلك الدعوي البوليصية اذ أن حقه مستحق الأداء . وإذا وفى المدين بالالتزام كان وفاؤه صحيحا لاسبيل الى استرداده طالما أن الشرط لم يتحقق بعد . وإذا كان الالتزام بنقل ملكية شئ معين . فإن الملكية تنتقل الى الدائن بمجرد الاقرار فى المنقول وبالتسجيل فى العقار . غير أنها ملكية مهددة بالزوال فيكون مالكا تحت شرط فاسخ . كما كان دائنا بنفس الشرط . وبذلك يكون مصير تصرفاته معقودا بمصير الشرط . أما المدين فهو مالك تحت شرط واقف اذ يترتب على تحقق الواقعة المشروطة أن يفقد الدائن الملكية التي تقوده إلى المدين .

---

(١) يذهب رأي فى الفقه المصرى إلى أن المقاصة لاتجوز بين دين معلق على شرط فاسخ ومنجز على أساس أن الشرط الفاسخ قابل للزوال . راجع : د. السنهوردى الوسيط ج ٣ فقرة ٣٣ ، د. حشمت أبو ستيت ، فقرة ٦٨٥ ، د. عبدالمنعم الصدة ، فقرة ١٣ ، د. سليمان مرقص فقرة ٢٥٠.

٢ - آثار الشرط بعد انتهاء التعليق :

تنتهي حالة التعليق بتحقق الشرط أو بتخلفه ، ومن ثم فلابد لنا من التعرض لهذه الآثار في حالة تخلف الشرط أو في حالة تحقق الشرط موضحين فكرة الأثر الرجعي للشرط والاستثناءات التي ترد عليها .

أ - في حالة تخلف الشرط :

في حالة تخلف الشرط وكان الشرط واقفا : فان حق الدائن يصبح عدما [١]، وبذلك يزول كل أثر لما قد يكون الدائن قد أتخذه من إجراءات تحفظية . وإذا كان الدائن قد تصرف في حقه المعلق على شرط فان زوال حق الدائن يستتبع بالتالي زوال هذا التصرف أما إذا كان الشرط فاسخا وتخلف فان الالتزام الذى كان مهددا بالزوال يزول عنه الخطر ويتأيد نهائيا . وتتأيد بالتالى جميع التصرفات التي يكون قد أجراها في فترة التعليق .

ب - في حالة تحقق الشرط :

إذا تحقق الشرط الواقف فانه يصبح نافذا وتترتب عليه كل آثار الحق النافذ المستحق الأداء . يصبح واجب التنفيذ جبرا ممكن التنفيذ اختيارا . تجوز به المقاصة - يسرى عليه التقادم منذ تحقق الشرط ويجوز للدائن استعمال الدعاوى الثلاث بما فيها الدعوى البوليصية . ومن ناحية أخري فان الالتزام يعتبر موجودا ليس فقط منذ تحقق الشرط

(١) راجع د/ البدراوى ، المرجع السابق ص ٢٤٨ .

بل من يوم نشوئه شرطيا . وهذا هو الأثر الرجعي للشرط . وإذا تحقق الشرط الفاسخ فان حق الدائن يزول ويعتبر أنه لم يوجد أصلا فزوال الالتزام نتيجة تحقق الشرط الفاسخ إنما يكون بأثر رجعى . فإذا كان المدين قد وفى بالدين كان له استرداده وإذا كان الالتزام بنقل ملكية معلقا على شرط فاسخ وانتقلت الملكية فى فترة التعليق تدخل فى ملكيته . وعادت الى المدين .

فكرة الاثر الرجعى للشرط :

قبل الدخول في بيان فكرة الأثر الرجعي للشرط كما قررها المشرع صراحة فى المادة ٢٧٠ مدني لابد لنا من وقفه طويلة توضح لنا التأصيل القانونى لهذه الفكرة . فذهب البعض الى أن الأثر الرجعى للشرط مجاز أو افتراض قانوني . فلاشك [١] أن للالتزام المعلق على شرط واقف وجود مؤكد فى فترة التعليق . ولاشك أن الالتزام المعلق على شرط فاسخ كان قائما أثناء تلك الفترة . فالقول أنه يتحقق الشرط الواقف يعتبر أن الالتزام كان منجزا من وقت الاتفاق على إنشائه . وانه يتحقق الشرط الفاسخ يعتبر أن الالتزام لم ينشأ أصلا قول فيه مخالفة للحقيقة . فهو يقوم اذن على المجاز والافتراض . ولكن هذا القول غير مقنع [٢]، فلا يكفى مجرد تقرير أن الأثر الرجعى هو مجاز اذ يبقى بعد ذلك معرفة لماذا وضع هذا المجاز . ومع ذلك فان لهذا التفسير فائدة

---

(١) راجع د/ اسماعيل غانم ، المرجع السابق ص ٣٠٠.
(٢) راجع د/ البدراوى ، المرجع السابق ص ٢٤٨

من حيث أنه يؤدى الى تغيير الأثر الرجعى فى الحدود التي أرادها المشرع . فلا يتوسع فى نتائجه خارج هذه الحدود . ولكن الاتجاه السائد فى الفقه المعاصر يذهب الى أن قاعدة الأثر الرجعى تجد أساسها فى إرادة المتعاقدين . فهي قاعدة من قواعد التفسير لهذه الارادة . ولهذا ذهبت محكمة النقض الفرنسية [١] إلى أن للمتعاقدين أن يستبعدا الرجعية المشرع المصرى فى عجز المادة ٢٧٠ مدنى التي جاء نصها " اذا تحقق الشرط استند أثره الى الوقت الذى نشأ فيه الالتزام الا اذا تبين من إرادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد أن وجود الالتزام أو زواله انما يكون فى الوقت الذى تحقق فيه الشرط . ومع ذلك لايكون للشرط أثر رجعي اذا أصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن بسبب أجنبى لايد للمدين فيه " . ومن هنا فان الفكرة الجوهرية التي تحكم آثار الشرط اذا ما تحقق هى فكرة الأثر الرجعى . فالقاعدة أنه اذا تحقق الشرط استند إلى وقت الاتفاق . فاذا كان الشرط واقفا وتحقق فان حق الدائن الذى كان حقا محتملا فقط أثناء فترة التعليق يصبح حقا مؤكدا مستحق الأداء . فيكون للدائن مباشرة الاجراءات التنفيذية . وله رفع الدعوي البوليصية . ويكون الوفاء اليه صحيحا لاسبيل الى استرداده . ويعتبر أن حق الدائن كان مؤكدا من وقت حصول الاتفاق المنشئ للالتزام لا من وقت تحقق الشرط فحسب . وتترتب على ذلك عدة نتائج . فاذا كان المدين قد أدى الدين للدائن أثناء فترة التعليق ولم يكن قد استرد

(١) راجع نق ضمدنى فرنسى ١٩٢٥/٢/١٠ سيرى ١٩٢٦ - ١ - ٦١ .

ماقام بدفعه . فانه لايستطيع استرداده بعد أن تحقق الشرط . إذ يعتبر أن حق الدائن كان قائما مؤكدا من وقت الاتفاق . فوقت أن رفع المدين كان حق الدائن قائما . ويترتب أيضا على الأثر الرجعى للشرط الواقف أنه اذا كان حق الدائن مضمونا برهن وتحقق الشرط فان تاريخ الرهن يعتبر من وقت قيد لامن وقت تحقق الشرط [١] وكذلك إذا صدر قانون جديد أثناء فترة التعليق يعد من شروط انشاء الالتزام كقانون يشترط الرسمية بعد ان كان العقد رضائيا ثم تحقق الشرط بعد ذلك ترتب على الأثر الرجعى أن يعتبر الالتزام قد نشأ فى ظل القانون القديم فيكون هو الواجب التطبق عليه . وأخيرا اذا كان الالتزام المعلق على شرط واقف التزاما بنقل الملكية للشئ . وكان الدائن قد تصرف فى هذا الشئ ذاته أثناء فترة التعليق . ثم تحقق الشرط بعد ذلك . فانه يعتبر قد تصرف فيما يملك . فيكون تصرفه صحيحا ونافذا أما تصرفات المدين فتعتبر صادرة من غير مالك .

واما اذا كان الشرط فاسخا وتحقق فان حق الدائن يزول ويعتبر أنه لم يوجد أصلا . فاذا كان المدين قد وفى به أثناء فترة التعليق كان له استرداد مادفع بدعوى رد غير المستحق ومن باب أولى يكون له الاسترداد أن كان قد وفى عن غلط بعد أن تحقق الشرط . واذا كان الالتزام بنقل ملكية شئ . وانتقلت الملكية بموجبه الى الدائن أثناء فترة

---

(١) راجع د/ اسماعيل غانم ذات المرجع ص ٣٠١.

التعليق . ثم تحقق الشرط الفاسخ فان الملكية تزول عن الدائن بأثر رجعى . وكأن العين لم تخرج عن ملك المدين لحظة واحدة . ولذلك أثره بالنسبة للتصرفات التي كان الدائن قد عقدها أثناد فترة التعليق . فاذا فرضنا أن هناك هبة مقترنة بشرط فاسخ وتصرف الموهوب له فى العين الموهوبة . ثم تحقق الشرط الفاسخ . فان تصرف الموهوب له يعتبر صادرا من غير مالك فلا يكون نافذا فى حق المالك . وهو الواهب فى المثال السابق . اذ يعتبر أنه كان مالكا للعين دائما ولم تنقطع ملكيته[١].

الاستثناءات التي ترد على قاعدة الأثر الرجعى للشرط :

ليست قاعدة الأثر الرجعى للشرط قاعدة مطلقة . بل ترد عليها استثناءات متعددة تحد من اطلاقها فلا يجوز للرجعية أن تعارض طبيعة الأشياء وسوف نعرض لهذه الاستثناءات فيما يلى :

أ - يجوز للطرفين المتعاقدين الاتفاق على استبعاد فكرة الأثر الرجعى . ذلك أنها تقوم فى الحقيقة على أساس إرادة المتعاقدين . فاذا حصل تعارض بينهما وبين النية الحقيقية . يجب الإعتماد والتعويل على نية المتعاقدين [٢].

---

(١) انظر فى هذا الموضوع خاصة : Filderman رجعية الشرط فى الاتفاقات رسالة دكتوراه - باريس ١٩٣٥ .

(٢) راجع د/ البدراوى المرجع السابق ص ٢٤٩ .

ب - إذا تعارضت الرجعية مع طبيعة الأشياء كما هو الحال فى العقود المستمرة أو الدورية التنفيذ . فان الأثر الرجعى لايكون له مجال اذا علق العقد على شرط فاسخ ونفذ فى مدة معينة منه ثم تحقق الشرط فلا يمكن اعطاء الفسخ أثرا رجعيا لأن ماتم من الزمان لايعود [١].

ج - تستعصى فكرة الأثر الرجعى على محو الحيازة المادية للشئ أثناء فترة التعليق . فهى واقعة مادية لايمكن محو أثرها بالنسبة للماضى .

هذا وقد نصت المادة ٢/٢٦٩ مدنى على أن أعمال الادارة التي تصدر من الدائن تبقى نافذة رغم تحقق الشرط ويقصد بأعمال الادارة الايجار وقبض الأجرة وبيع الثمار والمحصولات وقيد الرهن وتجديد القيد وتسجيل العقد وتطهير العقار من الرهون . ورغم أن النص قد ذكر الدائن فقد وإنما يمتد حكم النص الى المدين بالتزام تحت شرط واقف فتبقى هذه الأعمال رغم تحقق الشرط . ويشترط لبقاء أعمال الإدارة رغم تحقق الشرط على النحو السالف بيانه شرطان هما : حسن نية من صدرت منه وألا يجاوز العمل الحد المألوف أى لاتزيد الاجارة عن مدة ثلاث سنوات .

د - استعباد الحقود التي كسبها الغير حسن النية من رجعية

---

(١) راجع د/ أحمد سلامة ، مذكرات فى مصادر الالتزام عام ١٩٩١ ص ١٣٥ ، د/ حمدى عبدالرحمن - نظرية العقد - عام ١٩٩٢ ص ٧٠.

الشرط حماية للغير حسن النية فاذا كنا بصدد منقول انتقل الى مالك تحت شرط فاسخ . فاذا تصرف فيه وسلمه إلى مشترى ثان حسن النية أو قام برهنه له رهنا حيازيا ثم تحقق الشرط زالت الملكية المتصرف أو الراهن . فان حق المتصرف اليه أو المرتهن لايسقط مادام حسن النية يجهل الشرط وذلك استنادا الى قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية.

هـ - ليس من شأن الأثر الرجعى للشرط احتساب مدة التعليق ضمن مدة التقادم المسقط للالتزام اذ أن التقادم لايسرى الا من الوقت الذى يتحقق فيه الشرط .

و - اذا أصيب أو تلف الشئ أثناء فترة التعليق أى قبل تحقق الشرط وكان ذلك راجعا لسبب أجنبى فلا يكون للشرط أثر رجعى ونفصل ذلك فيما يلى [١]:

١ - اذا كان الشرط واقفا وهلك موضوع الالتزام المعلق على شرط . كما لو بيعت عين معينة تحت شرط واقف فكان مقتضى الأثر الرجعى للشرط عند تحققه اعتبار العين أنها كانت على ملك الدائن . فتهلك عليه . ولكن المشرع هنا استبعد هذا الأثر الرجعى لتحقق الشرط

---

(١) راجع تفصيلا ذلك : د/ عبدالحى حجازى النظرية العامة للالتزام ١٩٥٤ ج ١ ص ١٨٠ ، ود/ سليمان مرقص أحكام الالتزام ١٩٥٧ فقرة ٢٥٤ - د/ السنهورى السويط ج ٣ فقرة ٤٤ ص ٧٢ - ٧٣ ، د/ اسماعيل غانم ص ٣٠٥ - ود/ البدراوى المرجع السابق ص ٢٥٤ - ٢٥٥.

الواقف واتضح ذلك جليا فى نص المادة ٢٧٠ مدنى .

٢ - أما إذا كان الشرط فاسخا : وجب استبعاد الأثر الرجعى عند الهلاك أيضا . فاذا هلك الشئ فى يد مالكه تحت شرط فاسخ فانه هو الذى يتحصل تبعة الهلاك . ولايجوز القول بأنه إذا لم يتحقق الشرط اعتبرت الملكية انها لم تنتقل اليه . وان الشئ كان دائما على ملك البائع . وأنه لذلك يتحمل تبعة الهلاك . فالقانون نص صراحة على استبعاد الأثر الرجعى فى هذه الحالة .

ويضيف أستاذنا الدكتور اسماعيل غانم لنا أن نتسائل أمام هذه الفكرة من الاستثناءات - وهناك غير ما ذكرنا كما فى الشفعة والثمار والتطهير عن قيمة فكرة الأثر الرجعى . وعما اذا كان من الأفضل أن يستبدل بها تقرير قاعدة مباشرة تقضى بعدم نفاذ تصرفات المدين تحت شرط واقف أو الدائن تحت شرط فاسخ فى حق الطرف الآخر فنستغنى بذلك عن الإلتجاء الى الافتراض . أما النتائج الأخري التى تستخلص عادة من فكرة الأثر الرجعى . ويرى سيادته أنه من الميسور تبريرها دون افتراض أثر رجعى للشرط .

المبحث الثانى

الأجل

تمهيد :

عالج المشرع الأجل فى المواد من ٢٧١ الى ٢٧٤ مدنى وأوضح فيها ماهية الأجل وأنواعه وآثاره وانقضاؤه ومن ثم فلابد من التعرض لهذه الأحكام التفصيلية على نحو يوضح أمام القارئ كيفية الأجل كوصف للالتزام موضحين التفرقة بينه وبين الأجل . وسوف نعرض لك هذه الأحكام العامة تفصيلا فيما يلى :

١ - ماهية الأجل وأنواعه :

لقد جاء نص المادة ٢٧١ مدنى " يكون الالتزام لأجل اذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتبا على أمر مستقبل محقق الوقوع ويعتبر الأمر محقق الوقوع متى كان وقوعه محتمل ولو لم يعرف الوقت الذى يقع فيه". يتضح من هذا النص أن الأجل اذن لابد أن يكون أمرا مستقبلا ومحقق الوقوع .

أ - أمر مستقبل : وهو عادة يكون تاريخا معينا يحدد لنفاذ الالتزام أو لانقضاءه . كالتزام المقترض برد مبلغ القرض فى تاريخ معين.

ب - **أمر محقق الوقوع :** وهذا هو الفارق الجوهرى بينه وبين

الشرط . ولذلك كان الحق المؤجل حقا موجودا وكاملا وان كان مؤجل النفاذ على حين كان الحق المعلق على شرط حقا ناقصا غير مؤكد الوجود . على أن ميعاد حلول الأجل قد يكون معلوما وقد يكون مجهولا . ومع ذلك يبقى الأجل محقق الوقوع وكما يتضح جليا من النص المشار اليه سلفا " يعتبر الأجل محقق الوقوع متى كان وقوعه محتملا . ولو لم يعرف الوقت الذى يقع فيه " . وهذا يعنى أن الأجل قد يكون أجلا معينا أو محددا أو أكيدا . كأول الشهر أو أول السنة وقد يكون الأجل غير معين أو غير محدد أو غير أكيد اذا كان محقق الوقوع ولكن تاريخ حلوله غير محدد كأجل الوفاة . فاذا التزم شخص بدفع مبلغ معين في يوم وفاة آخر كان هذا أجلاً . وهو أجل غير معين .

أنواع الأجل :

درج الفقه فى تقسيم أنواع الأجل الى أنه من حيث الأثر ينقسم الأجل الى أجل واقف وأجل فاسخ أما عن الأجل الواقف هو الذى يترتب على وقوعه نفاذ الالتزام ومثل ذلك التزام المقترض برد مبلغ القرض بعد سنة . التزام يتوقف نفاذه على حلول الموعد المحدد . فلا يجوز للمقرض أن يطالب بالمبلغ قبل هذا الميعاد . ويسمى الأجل هنا الأجل الواقف . أما عن الأجل الفاسخ هو الذى يترتب على وقوعه انقضاء الالتزام . ومثل ذلك اذا اتفق المؤجر مع المستأجر فى عقد الايجار على أن تكون الاجارة لمدة سنة . فهنا يلتزم المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع

بالعين المؤجرة طوال هذه المدة . فاذا انقضت السنة انقضى التزام المؤجر . ويسمى الأجل هنا بالأجل الفاسخ [١]، ويتضح من هذا الفرض أنه لايتصور وجود الأجل الفاسخ إلا فى الالتزامات المستمرة أو الدورية التنفيذ . فيضع الأجل الفاسخ جدا زمنيا ينقضى عنده الالتزام[٢]. ومما يجد الاشارة اليه أنه فى الأمثلة السابقة يتحدد الأجل بتاريخ معين ومحدد . غير أن ذلك ليس ضروريا . فلا يمنع من اعتبار الأمر المستقبل الذى أضيف اليه الالتزام أجلا أن يكون وقوعه مادام أنه محقق الوقوع . فالتزام شخص قبل آخر بأن يؤدى له مرتبا دوريا مدى حياته التزام مقترن بأجل فاسخ هو موت الدائن . ومن البديهى أن الموت أمر مستقبل محقق الوقوع لايعرف متى يقع .

وأما عن أنواع الأجل من حيث المصدر ينقسم الى ثلاثة أنواع هى : أجل اتفاقى - أجل قانونى - أجل قضائى .

الأجل الاتفاقى :

يجد الأجل الاتفاقى مصدره فى اتفاق المتعاقدين . وهو قد يكون محددا بمقتضى تعبير صريح . وقد يكون ضمنيا يستخلص من ظروف التعاقد أو من طبيعة الالتزام . كما فى الالتزام بتوريد أغذية للمدارس . فهو التزام مضاف الى أجل واقف هو موعد بدء الدراسة وإلى أجل فاسخ

---

(١) راجع د/ اسماعيل غانم - المرجع السابق ص ٢٧٢ . عكس ذلك د/ البدراوى يضيف الى التقسيم من حيث الحلول الى أجل معين وأجل غير معين .

(٢) راجع د/ السنهورى ، الوسيط ج ٣ فقرة ٥٢ - ٥٦.

هو موعد انتهائيا . وكما هو كان الالتزام التزام بعمل يقتضى اتمامه مدة من الزمان . كالتزام الناقل بتسليم البضاعة . والتزام المقاول بتسليم المنزل كليهما مضاف الى أجل واقف ولو لم يحدده المتعاقدان صراحة . يتمثل فى المدة اللازمة لنقل البضاعة أو اتمام بناء المنزل .

الأجل القانوني:

كما يتضح من تسميته يحدده القانون ولنضرب أمثلة توضح الأجل القانونى الواقف والأجل القانونى الفاسخ . من ذلك مانصت عليه المادة ٦٧٣ من قانون المرافعات المدنية والتجارية " يلتزم الراسى عليه المزاد بزن يودع الثمن خزانة المحكمة خلال الثلاثة أشهر التالية لصيرورة البيع نهائيا " . وهذا هو الأجل القانونى الواقع . وكذلك مانصت عليه المادة ٥٢٨ مدنى " تنقضى الشركة بموت أحد الشركاء " . وهذا هو الأجل القانونى الفاسخ .

الأجل القضائى:

هو الذى يكون مصدره حكم القضاء . فالمشرع أجاز للقاضى أن يمنح المدين حسن النية أجلا معقولا للوفاء بشروط معينة سنعود لذكرها تفصيلا فى دراسة الوفاء كسبب من أسباب انقضاء الالتزام فى الباب الأخير من هذا المؤلف . والأجل القضائى هو أجل واقف . ويطلق عليه

---

(١) يطلق على نظرة الميسرة بالفرنسية :

" tetem de droit grace " .

نظرة الميسرة . أى يمنح القاضى المدين سئ الحظ مهلة للوفاء بديونه المستحقة وتتميز نظرة الميسرة بأنها أضعف أثرا من الأجل الاتفاقى . فهي لاتمنع من حصول المقاصة ولا من الحق فى الحين .

٢ - آثار الأجل :

نود أن نشير أولا الى أن الأجل الفاسخ يقتصر أثره على مجرد وضع حد زمنى ينتهى به الالتزام . فالالتزام قبل انتهاء الأجل الفاسخ هو التزام قائم وموجود وناقد . وحق الدائن المستحق الأداء فاذا حل الأجل انقضى الالتزام بالنسبة للمستقبل . دون أن يتأثر التنفيذ الذى تم فى الماضى ومن هنا يمكن القول أن الأجل الفاسخ هو طريق من طرق انقضاء الالتزام أقرب من كونه وصف للالتزام . أو بعبارة أدق هو أجل لانقضاء الالتزام بتمام تنفيذه [١]. ومن ثم فان الحديث عن آثار الأجل يقتصر فقط على الأجل الواقف اذ هو الذى يعتبر وصفا يلحق الالتزام فيعدل من آثاره .

آثار الأجل الواقف :

طالما أن الأجل لم ينقض بعد فالالتزام غير نافذ . فلا يستطيع الدائن أن ينفذ بحقه قهرا عن المدين ، واذا رفع الدائن دعوي بحقه قبل حلول الأجل كان للمدين أن يدفع بعدم قبولها . وليس للدائن أن يحصل

---

(١) راجع د/ البدراوي ، المرجع السابق ص ٢١٤ فقرة ١٨٩ .

على حكم بالزام المدين بالوفاء . ولو أعلن أنه لن يقوم بتنفيذ الحكم الا بعد حلول الأجل [١]، ولايجوز للدائن أن يتمسك بالمقاصة القانونية بين حقه المؤجل وبين ماقد ينشأ فى ذمته من دين لمدينه . فالمقاصة القانونية نوع من الوفاء القهرى فلا تقع الا بين دينين مستحق الأداء[٢] على أنه يجوز للدائن أن يتخذ من الاجراءات ما يحافظ به على حقوقه . كالقيام بقيد الرهن الضامن للدين . وتجديد القيد والتدخل فى الدعاوي التي يرفعها المدين أو ترفع عليه . والتدخل فى إجراءات القسمة التي يكون المدين طرفا فيها . كما أن له أن يرفع الدعوى غير المباشرة ودعوى الصورية . أما الدعوى البوليصية فهي لاتجوز للدائن الا اذا كان حقه مستحق الأداء . وقد نصت المادة ١/٢٧٤ مدنى " على أن للدائن بوجه خاص أن يطالب بتأمين اذا خشى افلاس مدينه أو اعساره واستند فى ذلك الى سبب معقول . فاذا لم يتقدم المدين بالتأمين المطلوب . كان للدائن أن يطالب بسقوط الأجل قياسا على حكم المادة ٣/٢٧٣ مدنى وهى الخاصة بسقوط الأجل اذا لم يقدم المدين للدائن ما وعد فى العقد بتقديمه من تأمينات ويترتب على ذلك أنه ليس للدائن أن يطالب بحقه قبل حلول الأجل ألا يسرى التقادم المسقط الا من وقت انتهاء الأجل . ولما كان الالتزام غير ناقد قبل انتهاء الأجل فللمدين اذا أوفى به جاهلا قيام الأجل أن يسترد ماأداه . اذ هو قد دفع غير المستحق .

---

(١) راجع المذكرة الإيضاحية فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٤٥٢.

(٢) راجع نص المادة ٢٢٦ مدني بخصو ص السعر القانوني للفوائ، ٤٪ - ٥٪ .

وانما يشترط لجواز الاسترداد أن يكون المدين جاهلا قيام الأجل والا يتضمن الوفاء المعجل معني التنازل عن الأجل . على أنه يلاحظ أن الأجل أمر محقق الوقوع . فاذا استرد المدين مادفعه فمن المحقق أنه يكون مجبرا على أدائه مرة ثانية عند حلول الأجل . ولذلك أجاز المشرع للدائن بدلا من أن يرد المدين ثم يستوفيه ثانية عند ميعاد الاستحقاق أن يقتصر على ردها استفادة بسبب الوفاء المعجل فى حدود ما لحق المدين من ضرر . ومثل ذلك يحق لمقاول اعتقد خطأ أنه ملزم بتسليم بناء قبل الموعد المقرر بستة أشهر وتحمل بسبب ذلك نفقات اضافية أن يطالب الدائن اذ لم يشأ هذا أن يرد البناء الذى تسمله الى أن يحل الأجل بأقل القيمتين . قيمة النفقات الاضافية وقيمة ايراد البناء فى ذلك الشهر أو السنة [١]. وإذ كان الدين الذى عجل الوفاء به نقودا ولم يردها الدائن الي المدين على أن تؤدى اليه عند حلول الأجل كان على الدائن بنص المادة ٢/١٨٣ مدنى " أن يرد للمدين فائدتها بسعرها القانونى أو الاتفاقى عن المدة الباقية لحلول الأجل " .

فاذا كان قد اتفق على فائدة دفعها المدين كاملة مع أصل الدين فله أن يسرد ماكان مستحقا منها عن المدة الباقية . وإذا لم يكن قد اتفق على الزام المدين بفائدة عن المبلغ الذى التزم به كان للمدين أن يطالب بفائدة عن المدة الباقية تحتسب على أساس السعر المقرر قانونا[٢]، ومتى انتهى الأجل الواقف . أصبح الالتزام نافذا فيعتبر حق

(١) راجع المذكرة الإيضاحية فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٤٥٢.

(٢) راجع نص المادة ٢٢٦ مدنى بخصوص السعر القانوني للفوائد ٤٪-٥٪ .

الدائن مستحق الأداء . وليس لانتهاء الأجل أثر رجعي . فلا يعتبر الالتزام نافذا من وقت الاتفاق . بل من وقت انتهاء الأجل فقط وتطبيقا لذلك . يكون للمدين أن يدفع بعدم قبول دعوي الدائن اذا كان قد رفعها مطالبا بالوفاء قبل حلول الأجل ولو انتهى الأجل أثناء نظر الدعوي [١].

وهنا يجب التنبيه بشدة الى أنه بمجرد انتهاء الأجل لايكفى لاعتبار المدين متأخرا اذا لم يقم بتنفيذ التزامه . بل لابد من الاعذار الا اذا كان هناك نص أو اتفاق على الاعفاء من ذلك .

٣ - انقضاء الأجل :

ينقضى الالتزام باحدى طرق ثلاث (أ) بحلول الأجل . (ب) بنزول من تقرر لمصلته الأجل . (ج) بسبب من أسباب السقوط الواردة فى نص القانون .

وهذه الطرق الثلاثة الأول والثاني منها مستقى من تطبيق القواعد العامة . والثالث اعمالا لنص القانون فى المادة ٢٧٣ مدنى . وسوف نعرض لكل منهم تفصيلا على النحو التالى :

أ - حلول الأجل كسبب من أسباب انقضائه :

كان المشروع التمهيدى للقانون المدني الجديد ينص فى المادة ٣٩٤ منه على حلول الأجل كسبب من أسباب الانقضاء الا أنه حذف فى

(١) راجع الأعمال التحضيرية ج ٣ ص ٢٥.

لجنة المراجعة لأنها تتضمن أحكاما تفصيلية لا ضرورة لها [١]،[٢] فلم يكن فيها جديد . بل اقتصرت على تلخيص القواعد العامة . وكان نص المادة ٣٩٤ مدنى " يحل الأجل اذا تحقق الأمر المنتظر أو انقضى الميعاد المضروب . واذا جعل مبدأ سريان الأجل من وقت وقوع أمر معين فلا يحسب اليوم الذى يقع فيه هذا الأمر عند حساب الأجل ... الخ النص " . فيحل الأجل اذا تحقق الأمر المنتظر الوفاة مثلا أو انقضى الميعاد المضروب . أى ينقضى الأجل عادة بحلول اليوم المحدد له . ومنذ ذلك اليوم يصبح الدين مستحق الأداء . فقد تناول المشرع فى المادة ٢٧٢ مدنى التزام المدين بالوفاء عند الميسرة فمثل هذا الالتزام يثير صعوبة حول تكييفه من ناحية وحول تحديد اليوم الذى يصبح فيه هذا الالتزام مستحق الأداء . نلاحظ أولا أنه يتضح من الظروف أن المدين قد قصد الى تعليق هذا الالتزام على شرط الميسرة أو القدرة . عندئذ يكون الالتزام معلقا على شرط واقف هو اليسار . فاذا تحقق الشرط الواجب الوفاء والا فان الدين يسقط لتخلف الشرط . وقد يتضح من الشروط أن المدين انما قصد أن يحدد أجلا للوفاء بدينه هو اليسار أو المقدرة فعندئذ يكون الدين واجب الأداء عندما تتسير أحوال المدين . وإذا قام شك حول ما إذا كان المدين قد قصد تعليق التزامه على شرط أو أجل فيفترض أنه مضاف إلى أجل ويقع على عاتق المدين عبء

---

(١) راجع الأعمال التحضيرية ج ٣ ص ٢٥ .

(٢) راجع د/ اسماعيل غانم المرجع السابق ص ٢٧٥.

أثبات العكس [١]، فإذا كان الالتزام مضاف الى أجل فإنه هناك صعوبة قد تثور بشأن تحديد وقت حلول الأجل ولكن وضع المشرع حلا لهذه الصعوبة فى عجز المادة ٢٧٢ مدني التي جاء نصها " إذا تبين من الالتزام أن المدين لايقوم بالوفاء الا عند المقدرة أو الميسرة عين القاضى ميعادا مناسبا لحلول الأجل مراعيا فى ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية ومطلوبا منه عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه " . فللدائن فى هذا الالتزام أن يلجأ الى القاضى لتحديد أجل يصبح الالتزام واجب الأداء بحلوله وهو يراعى فى هذا موارد المدين الحالية وموارده المستقبلية . ومقتضيا منه واجب الرجل الحريص على الوفاء بالالتزام .

ب - التنازل عن الأجل :

القاعدة أن النزول عن الأجل لايكون الا من تقرر لمصلحته ، وهذا يجب التفرقة بين ما إذا كان الأجل واقفا أم فاسخا .

١ - الأجل الواقف :

الأصل فى الأجل الواقف أنه مقرر لمصلحة المدين وحده . فليس للدائن مطالبة المدين بالتنفيذ قبل حلوله . ولذلك فالأصل أن للمدين أن يتنازل وحده عن الأجل الواقف . فيكون له اذا شاء أن يقوم بالتنفيذ

---

(١) راجع د/ البدراوى المرجع السابق ص ٢٢٠.

لالتزامه قبل حلول الأجل . مثل ذلك . التزام المستعير برد الشئ المعار عند انتهاء العارية . والتزام المقترض فى عقد القرض بغير فائدة برد مبلغ القرض عند حلول الأجل المتفق عليه . فيجوز للمدين المستعير أو المقترض أن يتنازل عن الأجل فيرد الشئ المعار أو مبلغ القرض قبل حلول الأجل . غير أن الأجل قد يكون لمصلحة المدين والدائن معا . فلا يجوز لأحدهما أن ينفرد بالتنازل عن الأجل . بل لابد من اتفاقهما على الوفاء قبل الموعد المحدد . وهذا يتحقق بصفة خاصة [١]، إذا كان للدائن حق يستحق له فى مقابل تأجيل نفاذ التزام المدين . مثل ذلك فى عقد الايجار فان تأجيل تنفيذ التزام المستأجر برد العين المؤجرة الى حين انتهاء مدة الايجار يقابله حق المؤجر في الأجرة . فلا يجوز للمستأجر أن يرد العين الى المؤجر قبل انتهاء المدة لأنه يضيع عليه بذلك حقه فى الأجرة . وقد يكون الأجل فى مصلحة الدائن وحده . وذلك اذا اتفق على مدة لايجوز فيها للمدين أن يقوم بتنفيذ التزامه الا بعد فواتها على أن يكون للدائن اذا شاء أن يطلب التنفيذ خلالها . ويقتصر أثر الأجل فى هذه الحالة على منع الوفاء الاختيارى من جانب المدين قبل انتهاء الأجل الا برضاء الدائن [٢].

---

(١) راجع نص المواد ٤٠١ ، ٤٠٢ من ق ١٧ لسنة ١٩٩٩ " لايجبر حامل الكمبيالة على استلام قيمتها قبل الاستحقاق".

(٢) راجع المذكرة الإيضاحية فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٣ ص ٢.

٢ - الأجل الفاسخ :

الأصل أن التنازل عن الأجل الفاسخ لايكون الا من الدائن فيكون له بإرادته المنفردة أن ينهى النزام المدين قبل حلول أجله . ويكون بذلك قد أبرأ المدين من التزامه بالنسبة للمدة الباقية . غير أن هناك أحوالا لايجوز فيها للمدين أن ينهى الالتزام قبل حلول أجله . وأحوالا أخري يمتنع فيها على الدائن ذلك .

فيكون للمدين أن ينهي الالتزام اذا وجد نص أو اتفاق على ذلك كما هو الحال فى نص المادة ٧١٦ مدنى بأنه " يجوز للوكيل أن ينزل فى أى وقت عن الوكالة ولو وجد اتفاق يخالف ذلك " . وقد يتفق على أن للمدين أن ينهى التزامه قبل حلول الأجل . فكون الالتزام فى هذه الحالة معلقا على شرط فاسخ هو محض إرادة المدين بجانب اضافته الى أجل فاسخ . مثل ذلك أن يتفق فى عقد الايجار على حق المؤجر فى الانهاء قبل انتهاء المدة المتفق عليها . وقد يمتنع على الدائن أن ينهى الالتزام قبل أجله الفاسخ الا بالاتفاق مع المدين . وذلك فى الأحوال التي يكون فيها للمدين مصلحة فى ابقاء التزامه لحين حلول أجله . ويتحقق هذا اذا كان الدائن ملتزما بالتزام يقابل التزام المدين . كما فى عقد الايجار . حيث يقابل التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع طوال المدة المتفق عليه التزام المستأجر بدفع الأجرة . فلا يجوز للمستأجر أن

ينهي وحده التزام المؤجر قبل انتهاء مدته إذ هو يضيع بذلك عليه حقه فى الأجرة [(١)].

ج - **انقضاء الأجل بسقوطه :**

نصت المادة ٢٧٣ مدنى على أحوال ثلاثة يسقط فيها حق المدين فى الأجل :

١ - شهر الافلاس أو الاعسار :

اذا شهر افلاس المدين أن كان تاجرا أو شهر اعساره ان كان غير تاجر حلت الديون المؤجلة . والحكمة من ذلك أن الدائن لم يرتض بالأجل الا لثقته فى سار المدين . كما أن اسقاط أجال الديون توجيه ضرورة تحقيق المساواة الفعلية بين الدائنين .

٢ - أضعاف التأمينات الخاصة :

يتضح من الفقرة الثانية من نص المادة ٢٧٣ مدنى أن حكم النص ينصرف الى كل تأمين خاص ولو كان قد أنشئ بموجب عقد لاحق لنشوء الدين .بل لايشترط أن يكون ذلك التأمين الخاص قد أنشئ بمقتضى الاتفاق فلا يشترط أن يكون رهنا[(٢)]. فقد يكون حق اختصاص وهو ينشأ

(١) وتعتبر المادة ١/٧١٥ مدني استثناء من هذه القاعدة. فهي تجيز للموكل أن ينهى الوكالة ولو كانت بأجر مع الزامه فى هذه الحالة بتعويض الوكيل عن الضرر الذى لحقه من جراء عزلة فى وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول .

(٢)عكس الحال فى فرنسا المادة ١١٨٨ مدني " التأمين الاتفاقى يقرره القانون على أساس الارادة الضمنية للمتعاقدين " .

بأمر القضاء . أو حق امتياز بنص القانون [١].

ولبيان أثر أضعاف التأمين الخاص فى أجل الالتزام المضمون يجب التمييز بين فرضين :

أ - اذا كان اضعاف التأمين الخاص راجعا الى فعل المدين سواء عن عمد أو اهمال . فللدائن هذا الخيار بين أن يطالب المدين بأداء الدين فى الحال أو أن يطالب بأداء تأمين اضافى يكمل به التأمين الأصلى مع أستبقاء الأجل .

ب - أما إذا كان اضعاف التأمين راجعا لسبب لادخل لإرادة المدين فيه . فان الأجل يسقط أيضا . ولكن للمدين أن يمنع هذا للسقوط بأن يقدم للدائن ضمانا كفيا . أى أن الخيار فى هذه الحالة للمدين ويكفى أن يقدم المدين ضمانا كافيا . أى أن الخيار فى هذه الحالة للمدين ويكفي أن يقدم المدين ضمانا كافيا . فليس على المدين تكملة التأمين الأصلى اذا كانت قيمة التأمين الأصلى تزيد كثيرا عن الدين . وتشترط المادة ٢٧٣ مدني لسقوط الأجل أن يكون اضعاف التأمين الى حد كبير . ويقصد بذلك أن تقل التأمينات عن قيمة الدين[٢].

---

(١) ما عدا حقوق الامتياز العامة لاتعتبر تأمينا خاصا فى المعني الوارد فى المادة ٢/٢٧٣ مدني مصرى .

(٢) أنظر المادة : ٨٩٥ مدني خاصة بخضوع التركة لنظام التصفية .

ج - تخلف المدين عن تقديم ماوعد به من تأمينات :

اذا وعد المدين فى العقد المنشئ للالتزام بتقديم تأمين خاص للدائن . مثل رهن أو كفالة ثم لم يقم بتنفيذ وعده كان هذا سببا فى حرمانه من الأجل والحكمة فى هذا ظاهرة . فالمدين لم يرض بالأجل الا اعتمادا على ماوعد المدين به من تأمين . فالأجل هنا سقط بسبب خطأ المدين . ومما يجدر الاشارة اليه أن وفاة المدين فى التشريع المصرى ليست سببا لانقضاء الأجل بل يظل الدين مؤجلا فى التركة[1].

(١) أنظر المواد : ٨٩٤- ٨٩٥ مدنى خاصة بخضوع التركة لنظام التصفية .

الفصل الثانى

تعدد محل الالتزام

تمهيد

يتخذ تعدد المحل صور ثلاثة هى :

١ - **التزام متعدد المحل :** هو الذى يكون موضوعه مشتملا على جملة أشياء تجيب معا : بحيث لاتبرأ ذمة المدين الا بأدائها كلها . مثال ذلك اذا إلتزم المتقايض فى عقد المقايضة بمقايضة منزل ومبلغ من النقود . وحكم هذا الالتزام هو حكم الالتزام البسيط ذى المحل الواحد . فلا تبرأ ذمة المدين الا بأداء جميع الأشياء المعتبرة محلا للالتزام .

٢ - **الالتزام التخييرى :** هو التزام متعدد المحل أى أن موضوعه يشتمل على جملة أشياء . ولكن تبرأ ذمة المدين منها تماما اذا قام بأداء واحد منها فقط ومثال ذلك . التزام أحد الشركاء فى عقد الشركة بأن يقدم حصته فى رأس المال قطعة أرض أو عمل أو مبلغ من النقود .

٣ - **الالتزام البدلى :** يلتزم المدين بتقديم محل واحد معين مع تخويله الحق فى الإبراء لذمته بأداء شئ آخر بدلا منه . مثال ذلك . أن يقرض الدائن المدين مبلغا من المال ويتفق معه على أنه عند حلول الأجل اذا لم يشأ رد مبلغ القرض أن يرد له سيارة بدلا عن المبلغ . وقد تناول المشرع الالتزام التخييرى والبدلى فى المواد من ٢٧٥حتى ٢٧٨ مدنى وسوف نعرض لكل منهما فى مبحث مستقل :

المبحث الأول

الالتزام التخييرى

النص التشريعى

جاء نص المادة ٢٧٥ مدنى على أن الالتزام يكون تخييريا " اذا شمل محله أشياء متعددة تبرأ ذمة المدين براءة تامة اذا أدى واحدة منها" .

يتضح من هذا النص أن مايميز الالتزام التخييرى هو أن محله لايتحدد فى الالتزام بأمر واحد أو بأمور متعددة يتعين على المدين الوفاء بها جميعا بل هو يشمل أمورا متعددة يجب على المدين أن يوفى بواحد منها فقط . ولكنه لايستطيع اجبار الدائن على قبول اجراء من هذا الشئ وجزء من ذلك . ولايحق للدائن إلا أداء أحد الأشياء برمته . ولايستطيع اجبار المدين على التنفيذ بأداء جزء من هذا الشئ أو جزء من ذلك . كل ذلك يفترض سلفا أن تكون هذه الأمور المتعددة مستوفية لشروط المحل من الامكان أو التعيين أو المشروعية ويثور التساؤل من له الخيار ؟ وما الحكم عند الامتناع عن استعمال الخيار ؟ وكيف يتم الخيار ؟ كل هذه تساؤلات أجاب المشرع عليها صراحة فى المادة ٢٧٦ مدنى : " إذا كان الخيار للمدين وامتنع عن الاختيار جاز للدائن أن يطلب من القاضى تعيين أجل يختار فيه المدين أو يتفق فيه المدينون . فاذا لم يتم ذلك تولى القاضى بنفسه تعيين محل الالتزام . أما إذا كان

الخيار للدائن وامتنع عن الخيار أو تعدد الدائنون ولم يتفقوا فيما بينهم عين القاضى أجلا ان طلب المدين ذلك . فاذا انقضى الأجل انتقل الخيار الى المدين ".

يتضح من هذا النص سالف الذكر أن يكون الخيار فى الالتزام التخييرى للمدين . ولايكون للدائن الا اذا نص القانون على ذلك أو اتفق المتعاقدان عليه . وليس هناك مايمنع أن يتفق المتعاقدان على أن يترك الخيار لأجنبى واذا توفى من له حق الاختيار قبل أن يختار فان حقه ينتقل الى ورثته (١) وإذا أشهر افلاسه أو اعساره أصبح حق الاختيار لجماعة الدائنين يستعملونه بواسطة من يمثلهم . ويتم الاختيار بمجرد اختيار الطرف الآخر . وعندما يتم يعتبر الشئ المختار كأنه موضوع الالتزام منذ الأصل . واذا امتنع من له الاختيار عن استعماله . فاذا كان للمدين أو تعدد المدينون ولم يتفقوا فيما بينهم جاز للدائن أن يطلب من القاضى تعيين أجل يختار فيه المدين أو يتفق فيه المدينون . فاذا لم يتم ذلك تولى القاضى نفسه تعيين محل الالتزام . ؟أما اذا كان الخيار للدائن وامتنع أو تعدد الدائنون ولم يتفقوا عن القاضى أجلا بناء على طلب المدين . فاذا انقضى الأجل دون أن يستعمل الدائن أو الدائنون حق الاختيار انتقل الاختيار الى المدين نفسه على خلاف الأمر فى الحالة السابقة . أما اذا كان الخيار لأجنبى ولم يقم به فان القاضى نفسه يتولى الخيار . وباستعمال حق الخيار يتحدد محل الالتزام فى الشئ الذى وقع

---

(١) راجع د/ البدراوى المرجع السابق ص ٢٥٩ .

عليه الخيار وينقلب الى التزام بسيط [1]محله هذا الشئ فقط وقد جري الفقه على أن لاستعمال حق الخيار أثر رجعى[2] أى أن الالتزام منذ نشوئه يكون قد انحصر فى محل واحد . ويترتب على ذلك أنه إذا كان الالتزام بنقل ملكية أحد شيئين ثم وقع الخيار على أحدهما . فان الدائن يصبح مالكا لهذا الشئ لا من وقت الخيار بل من وقت العقد ان كان هذا منقولا معينا بذاته .

حكم هلاك الشئ أو استحالة التنفيذ قبل استعمال الخيار :

لقد عرضت المذكرة الإيضاحية لحكم الاستحالة بخطأ الدائن أو المدين [3]، وهو ليس الا تطبيقا للقواعد العامة ونظرا لأن الالتزام التخييرى نادر الوقوع فى العمل فاننا نعرض فقط لما أورده المشرع فى المادة ٢٧٧ مدنى وهى التي تتناول فرض واحد وهو حالة ما إذا كان الخيار للمدين ثم استحال تنفيذ كل من هذه الأشياء المتعددة التي اشتمل عليها محل الالتزام . وكان المدين مسئولا عن هذه الاستحالة ولو فيما يتعلق بواحد من هذه الأشياء كان ملزما بأن يدفع قيمة آخر شئ استحال تنفيذه . أى أن محل الالتزام يتحدد فى هذا الشئ الأخير . ولما كان قد استحال تنفيذه عينا وجب أن يكون التنفيذ بطريق التعويض.

(١) راجع د/ اسماعيل غانم المرجع السابق ص ٣٠٨ .
(٢) راجع د/ السنهورى الوسيط ج ٣ فقرة ٩٧ عكس ذلك د/ عبدالحى حجازى المرجع السابق ج ١ ص ١٩٨.
(٣) راجع الأعمال التحضيرية ج ٣ ص ٤٤ - ٤٥ .

المبحث الثانى

الالتزام البدلى

النص التشريعى

نصت المادة ٢٧٨ مدنى على أن " الالتزام يكون بدليا اذا لم يشمل محله الا شيئا واحدا ولكن تبرأ ذمة المدين اذا أدى بدلا منه شيئا آخر " .

يتضح من هذا النص أن الالتزام حتى يكون بدليا يجب أن يكون له محل واحد . وهذا هو المحل الأصلى للالتزام . ومثل ذلك أن يقرض الدائن المدين مبلغا من المال ويتفق معه على أن ذمته تبرأ من هذا الدين أن هو وفى شئ آخر هو البديل وهو أن يعطى للدائن بدل النقود شيئا آخر كسيارة مثلا . والمحل الأصلى هو الذى يجب أن توافر فيه شروط المحل وأما عن البديل فقد تتوافر فيه شروط المحل وقد لاتتوافر . فان توافرت فيه شروط المحل تكون ذمة المدين بريئة بالوفاء بدلا من الالتزام الأصلى . والا سقط هو وبقى الالتزام الأصلى . بمحله قائما . ويصبح الالتزام فى هذه الحالة بسيطا لا موصوفاً (١).

الفرق بين الالتزام التخييرى والبدلى

يتضح من خلال العروض السابقة لماهية الالتزام التخييرى والبدلى أن هناك فروق بينهما نجملها فيما يلى :

---

(١) راجع د/ اسماعيل غانم ، المرجع السابق ص ٣٠٨ .

١ - الالتزام التخييرى يقع على عدة محل . أما الالتزام البدلى يقع على محل واحد هو المحل الأصلى ولايظهر البديل الا عند الاستحقاق .

٢ - الخيار فى الالتزام البدلى هو دائما للمدين اذ أن محل الالتزام واحد . فلا يتصور أن يكون الخيار للدائن على حين أن المحل في الالتزام التخييرى متعدد فيجوز أن يكون الخيار للمدين أو للدائن.

٣ - أن طبيعة الالتزام البدلى تتحدد منذ نشوئه بالمحل الأصلى لا البديل . فاذا كان هذا المحل عقارا كان الالتزام عقاريا حتى ولو كان البديل منقولا أما فى الالتزام التخييرى فلا يمكن تحديد طبيعة الالتزام اذا اختلف الشيئان فى الطبيعة الا اذا تحدد المحل بعد الخيار أو بهلاك المحل الآخر .

٤ - ينقضى الالتزام البدلى اذا أصبح الوفاء بالمحل الأصلى مستحيلا بسبب أجنبى فتبرأ ذمة المدين ولو كان الوفاء بالبديل مازال ممكنا . أما اذا استحال الوفاء بالبديل فان الالتزام يظل قائما . وهذا بخلاف الحال فى الالتزام التخييرى . فانه لاينقضى الا بهلاك المحلين معا فان هلك أحدهما تحول الالتزام الى التزام بسيط ووجب الوفاء بالمحل الباقى .

٥ - فى الالتزام البدلى لايحق للدائن ان يطالب المدين الا بالشئ الأصلى اذ الخيار بأداء البديل للمدين وحده على خلاف الحال فى الالتزام التخييرى .

٦ - فى الالتزام البدلى يتحدد قيمة الالتزام بالشئ الأصلى وهو الذى يتحدد على ضوئه الاختصاص القيمى للمحاكم ولايهم قيمة الشئ البديل [١].

---

(١) راجع القانون ١٨ لسنة ١٩٩٩ الذى عدل الاختصاص القيمى للمحاكم الجزئية الى ١٠٠٠ جنيه بدلا من من ٥٠٠٠ جنيه ، ونشر بالجريدة الرسمية العدد ١٩ مكرر أ فى ١٩٩٩/٥/١٧ .

الفصل الثالث

تعدد طرفى الالتزام

تمهيد :

الأصل في الالتزام أن يكون بسيطا أي يكون بين مدين واحد ودائن واحد . فإذا تعدد الدائنون والمدينون فالقاعدة أن ينقسم الالتزام بينهم أي أن تتعدد الالتزامات بقدر عددهم . ولو كانت هذه الالتزام جميعا قد نشأت من مصدر واحد [١]. وتعدد الأطراف أما أن يوجد ابتداء واما أن يطرأ فيما بعد . أى بعد أن نشأ الالتزام فى أول الأمر بين دائن واحد . وقد يكون التعدد طارئا بعد أن نشأ الالتزام موحدا فى أول الأمر على أنه قد يتعدد الدائنون أو المدينون فى الالتزام الواحد ويتحقق ذلك في صورتين هما : التضامن وعدم القابلية للانقسام . وسوف نعرض لكل منهما فى مبحث مستقل .

---

(١)راجع د/ البدراوي المرجع السابق ص ٢٦٣ يسميه الالتزام المشترك عكس ذلك . د. اسماعيل غانم يرى أنه تعبير خداع يحسن تجنبه . ويطلق لفظ الالتزام المشترك على صورة خاصة من التضامن بين الدائنين يعرفها الفقه الاسلامى دون القانون المدنى المصرى .

المبحث الأول

التضـــــــامن

Solidarite

تمهيد :

ينطوى التضامن على خروج على القاعدة العامة التي تقضى بتعدد الالتزامات بقدر عدد الدائنين أو المدينين . ويقسم الفقه التضامن الى نوعين تضامنا ايجابيا أى بين الدائنين المتعددين ... والتضامن السلبى بين المدينين المتعددين وفى الحالتين يكون هناك التزام واحد تعدد أحد طرفيه . والتضامن الايجابى نادر الوقوع فى الحياة العملية . اذ يمكن الاستغناء عنه بأن يوكل الدائنون أحدهم فى قبض الدين[١] حتي لايتعرضون لخطر اعسار من يستوفى الدين منهم في حالة اشتراط التضامن فيما بينهم ، والمثال الطبيعى لذلك هو فتح مايسمى بالحساب المشترك لمصلحة الزوجين . وهو نادر فى مصر بل يكاد وأن يكون منعدما [٢]. وأما عن التضامن السلبى على خلاف السابق كثير الوقوع فى الحياة العملية . ذلك أنه يتمخض لمصلحة الدائن . فبدلا من أن

---

(١) أنظر للمؤلف التضامن القانونى السلبى فى التشريعات الآمرة ١٩٩٨ ص ٧٧ . .

(٢) راجع د/ محسن شفيق : الوسيط فى القانون التجارى ج ٢ عام ١٩٥٢ ص ٣٤٩ . يذكر أن البنوك فى مصر ترفض عادة فتح حساب مشترك لمصلحة الزوجين منعا لحدوث مشاكل عند وفاة أحدهم بين ورثة المتوفى والزوج الحى .

يقتصر على الضمان العام على أموال مدين واحد . أيا منهم بأداء الدين كاملا . وهو يختلف عن الكفالة باعتبارها تأمينا شخصيا . ففى التضامن السلبى يكون التزام كل مدين التزام أصلى أما فى الكفالة فالتزام تابع . وليس هنا المجال التفصيلي لذكر هذه الظروف فان دراستها تكون فى مجال التأمينات الشخصية المقرر دراستها فى السنة الرابعة . ومن هنا لابد لنا من تفصيل أحكام التضامن الإيجابى والسلبى كل على حده فى مطلب مستقل .

المطلب الأول

التضامن السلبى

SOLIDAVITE PASSIVA

النص التشريعى : " مصدر التضامن "

نصت المادة ٢٧٩ مدنى " التضامن بين الدائنين أو بين المدنيين لايفترض وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص فى القانون " . يتضح من هذا النص جليا أن مصدر التضامن هو الاتفاق أو نص القانون . أما عن الاتفاق فهذا هو الغالب الأعم ويرتضى بذلك المدينون فيعتبر الاتفاق مصدرا للتضامن . ولايقصد بالاتفاق أن يكون بعبارة صريحة . وإنما يمكن أن يكون الاتفاق ضمنيا على التضامن يستخلص من الظروف ويشترط فى هذه الحالة الأخيرة أن تكون وقائع الحال قاطعة فى الدلالة

على هذا الاتفاق . فإذا كان هناك شك فلا قيام للتضامن [١].

ومما هو جدير بالذكر أن هذا التضامن قاصر على المسائل المدنية فقط . أما فى المسائل التجارية فالقاعدة أن التضامن بين المدينيين مفترض الا اذا اتفق على استبعاده [٢].

أما عن نص القانون فباستعراض النصوص القانونية وجدت حالات محددة على سبيل الحصر لايجوز القياس عليها . والذى دعانا الى ذلك أن التضامن لايفترض . وهذه الحالات هى :

١ - مانصت عليه المادة ١٦٩ مدنى " اذا تعدد المسئولين عن الفعل الضار كانوا متضامنين فى التزامهم بتعويض الضرر " .

٢ - مانصت عليه المادة ٣/١٩٢ مدنى " اذا تعدد الفضوليين فى القيام بعمل واحد كانوا متضامنين فى المسئولية " .

٣ - مانصت عليه المادة ٦٥١ مدنى على أن " يضمن المهندس المعمارى والمقاولين متضامنين مايحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلى أو جزئى فيما شيدوه من مبانى أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى".

٤ - مانصت عليه المادة ١/٧٠٨ مدنى على أنه " إذا أناب الوكيل عنه غيره فى تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصا له بذلك . كان

---

(١) راجع د/ اسماعيل غانم ، المرجع السابق ص ٣١٧.
(٢) راجع د/ اسماعيل غانم ، المرجع السابق ص ٣١٧.

مسئولا عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو . ويكون الوكيل ونائبه في هذه الحالة متضامنين فى المسئولية " .

٥ - مانصت عليه المادة ٧١٢ مدنى على أنه " إذا وكل أشخاص متعددون وكيلا واحدا فى عمل مشترك كان جميع الموكلين متضامنين قبل الوكيل فى تنفيذ الوكالة مالم يتفق على غير ذلك " . أى أن الموكلين المتعددين متضامنين قبل الوكيل فى تنفيذ الوكالة .

٦ - وقد نص المشرع على بعض الحالات للتضامن فى القانون التجاري رغم أنه مفترض فى المسائل التجارية [١]، وهذه الحالات هى : مانصت عليه المادة ٢٢ تجاري على أن " الشركاء فى شركات التضامن يكونون مسئولين بالتضامن عن ديون الشركة . وكذلك المادة ١٣٧ تجاري نصت على أن " صاحب الكمبيالة ومن يقبلها ومن يكونون جميعا مسئولين بالتضامن قبل حامل الكمبيالة .

آثار التضامن السلبى :

عند بحث آثار التضامن السلبى لابد لنا من التفرقة بين هذه الآثار فيما يتعلق بعلاقة الدائن بالمدنيين المتضامنيين ثم بحث هذه الآثار فى العلاقة بين المدنيين والمتضامنيين فيما بينهم .

أولاً : علاقة الدائن بالمدنيين المتضامنين :

تحكم آثار التضامن السلبى فى هذه العلاقة مبادئ ثلاثة هى :

---

(١) راجع د/ اسماعيل غانم المرجع السابق ص ٣١٧ .

وحدة الدين - تعدد الروابط - النيابة التبادلية فيما ينفع لافيما يضر .
وسوف نعرض لكل منها على حده فيما يلى :

١ - وحدة الدين : يقصد بوحدة الدين أن هناك موضوعا واحدا لالتزام المدينين المتضامنين جميعا وأن كلا منهم ملزم بالدين كله ويترتب على ذلك النتائج التالية :

أ - المطالبة بالدين :

يجوز للدائن أن يطالب أى مدين منفردا بكل الدين . كما يجوز له أن يطالب المدينيين مجتمعين . وللدائن مطلق الحرية فى اختيار من يوجه اليه المطالبة منهم . وله اذا طالب أحدهم منفردا فلم يستوفى حقه كاملا بسبب اعسار أن يعود فيطالب أيا من المدنيين الآخرين بباقى الدين . وليس لمن توجه اليه المطالبة من المدينيين منفردا بالدين كله أن يطالب بادخال المدنيين الآخرين بهدف استصدار حكما بالدين مقسما عليهم ، ولكن كل مايستطيع أن يفعله هو أن يدخل المدنيين الآخرين على أساس أن له الرجوع عليهم بما قد يؤديه للدائن زائدا عن نصيبه فى الدين . حتي اذا ماحكم عليه بكل الدين . حكم له على كل من الآخرين بقدر حصته (١).

ب - الوفاء بالدين

اذا وفى أحد المدينين بالدين كله انقضى الدين لكافة المدينين

(١) راجع د/ البدراوى المرجع السابق ص ٢٧٥.

ولايستطيع الدائن أن يعود الى مطالبة الباقين وكذلك الأمر فى حالة قبول الدائن للوفاء الجزئى من أحد المدنيين . فلا يجوز له أن يطالب المدينيين الآخرين الا فى حدود ماتبقى من الدين . فمقدار الدين لايزيد بتعدد المدنيين . فليس للدائن عدة حقوق اذا استوفى أحدها كان له أن يطالب بالآخر . وإنما هو حق واحد . ويقتصر أثر تعدد المدنيين المتضامنيين على تخويل الدائن سلطة استيفاء كل الدين من أي مدين . على ألا يستوفى أكثر من الدين الثابت له . وإذا اتفق الدائن مع أحد المدنيين المتضامنين على تجديد الالتزام ، والتجديد كما هو معلوم ينشئ التزاما جديدا يقوم مقامه . ترتب على هذا الاتفاق براءة ذمة باقى المدينيين من الالتزام المتضامنى . ولايلتزمون بالالتزام الجديد . فلا يلتزم به الا المدين الذى اتفق مع الدائن على التجديد . اذ ليس لهذا المدين صفة فى أن يحملهم بالتزام جديد . فيتحمله وحده على أن يكون له الرجوع على الباقين كل بقدر حصته فى الدين الذى انقضى بالتجديد.

ج – أوجه الدفوع المشتركة بين المدينيين :

لما كان الدين واحدا . فان هناك نوعا مشتركا بين المدينيين جميعا يستطيع أى منهم أن يحتج بها اذا طالبة الدائن بالوفاء ومن ذلك:

١ – أسباب البطلان المشتركة بين المدينيين جميعا يحتج به على الجميع : يستوى فى هذا البطلان المطلق لعدم استكمال الشكل الواجب

قانونا أو لانعدام السبب أو عدم مشروعيته أو لعدم استيفاء المحل شروطه القانونية . والبطلان النسبى الذى أدى الى عيب شاب ارادة المدينيين جميعا . كالغلط أو التدليس أو الاكراه (١).

٢ - أسباب الانقضاء العامة التي تقضى الدين فى جملته : مثل الوفاء - التجديد - استحالة التنفيذ لسبب أجنبى بالتقادم المسقط أن تحقق بالنسبة للمدينيين جميعا . وكذلك المقاصة التي تقع بين الدائن وأحد المدينيين المتضامنيين إذا تمسك بها هذا المدين . فهى تقضى الدين كله . بحيث اذا عاد الدائن بعد ذلك يطالب أحد المدينيين الآخرين كان لهذا أن يحتج بانقضاء الالتزام بالمقاصة (٢).

٣ - الأوصاف التى تلحق تعهدات المدينيين جميعا : اذا اتصف الالتزام بالنسبة لجميع المدينيين بأجل أو شرط . وطالب الدائن أيا من المدينيين المتضامنيين قبل حلول الأجل أو تحقق الشرط كان له أن يدفع المطالبة بإدعاء عدم حلول الأجل أو عدم تحقق الشرط .

٢ - تعدد الروابط :

يتضح تعدد الروابط التى ترتبط المدنيين بالدائن واستقلال كل رابطة عن الأخرى فى الأحوال التي يختلف فيها مركز أحد المدنيين المتضامنين عن مركز سائرهم .

(١) راجع د/ البدراوى المرجع السابق ص ٢٧٥.
(٢) راجع د/ اسماعيل غانم المرجع السابق ص ٣٣١.

أ - العيوب والأوصاف الخاصة :

نصت المادة ٢٨١ مدنى على أنه " يجوز للدائنين المتضامنين مجتمعين أو منفردين مطالبة المدين بالوفاء ويراعى فى ذلك مايلحق رابطة كل دائن من وصف يعدل من أثر الدين . ولايجوز للمدين اذا طالبه أحد الدائنين المتضامنين بالوفاء أن يحتج عليه بأوجه الدفع الخاصة بغيره من الدائنين . ولكن يجوز له أن يحتج على الدائن المطالبة بأوجه الدفع الخاصة بهذا الدائن . وبأوجه الدفوع المشتركة بين الدائنين جميعا "..

يتضح من هذا النص أنه قد تكون رابطة أحد المدينيين معيبة بعيب خاص به . ولم يتحقق بالنسبة لسائرهم كأن يكون أحد المدينيين المتضامنين قد تعاقد وهو ناقص الأهلية فى حين كان المدينون الآخرون أهلا للتعاقد .

أسباب الانقضاء الخاصة :

قد تنقضى رابطة أحد المدينيين المتضامنين بسبب لايقوم الا بالنسبة اليه فتظل رابطة غيره من المدينيين قائمة . ولايجوز لهم أن يتمسكوا بسبب الانقضاء الا بقدر حصة زميلهم . وقد أورد المشرع تطبيقا لذلك في الأحوال التالية : المقاصة - اتحاد الذمة - الابراء - التقادم .

١ - المقاصة :

نصت المادة ٢٨٧ مدني على أنه " لايجوز للمدين المتضامن أن يتمسك بالمقاصة التي تقع بين الدائن ومدين متضامن آخر الا بقدر حصة هذا المدين " ولتوضيح ذلك نسوق مثالا للايضاح فلو كان عمرو وزيد مدينين متضامنين بمبلغ ١٠٠٠ جنيه ثم أصبح عمروا دائنا للدائن بمبلغ مماثل وتوافرت شروط المقاصة بين الدينين . فلاشك أن من حق عمرو اذا طالبه الدائن أن يتمسك بالمقاصة فتحكم المحكمة بانقضاء الدين كله . ولايجوز للدائن بعد ذلك أن يعود الى مطالبة زيد اذ يكون لزيد فى هذه الحالة ان يدفع بانقضاء الدين بالمقاصة بعد أن تمسك بها عمرو . ويكون من حق عمرو أن يرجع على زيد بمبلغ ٥٠٠ جنيه وهو حصته فى الدين . أما اذا كان الدائن لم يطالب عمرو ولكنه طالب زيد أولا فان زيد لايستطيع التمسك بالمقاصة التي وقعت بين الدائن وعمرو الا بقدر حصة عمرو فقط أى فى حدود ٥٠٠ جنيه . ومن ثم يكون على عاتق زيد الوفاء بالمبلغ الباقى وهو ٥٠٠ جنيه (١).

أو أن يكون هناك عيب شاب رضاه دون أن يؤثر فى رضاء غيره . وقد تكون رابطة أحد المدنيين موصوفة بوصف يعدل من أثر الالتزام بالنسبة اليه كأجل أو شرط (٢)،(٣). وقد تكون رابطة غيره بسيطة منجزة

(١) راجع د/ جشمت أبو ستيت ج ٣ طبعة ١٩٤٥ . ص ٣١٣.
(٢) راجع د/ اسماعيل غانم المرجع السابق ص ٣٢٢.
(٣) راجع د/ محمد على عمران ، المرجع السابق ص ١٧١.

. وقد يتفق على اضافة الالتزام الى أجل واقف بالنسبة للمدنيين جميعا ثم يسقط الأجل بالنسبة لاحدهم بسبب شهر اعساره فتصير رابطته منجزة ويظل الأجل باقيا بالنسبة لسائر المدينين . فى مثل هذه الحالة يجب على الدائن أن يراعى فى ذلك مطالبة المدينيين المتضامنين كما يلحق رابطة كل مدين من وصف يعدل من أثر الدين . فلا يجوز للدائن مطالبة من كان التزامه مؤجلا أو مشروعا الا بعد حلول الأجل أو تحقق الشرط . ومادام أن العيب أو الوصف خاص برابطة أحد المدينيين فان الدفع المبنى عليه يكون دفعا خاصا بهذا المدين وحده لايجوز لغيره من المدينيين أن يحتج به . فاذا كانت رابطة أحد المدينيين معيبة بسبب نقص أهليته أو عيب شاب رضاه كان له وحده فقط أن يطلب ابطال العقد بالنسبة له ولايجوز هذا لباقى المدينيين الآخرين [١]. وإذا كان الالتزام مؤجلا بالنسبة لأحد المدينيين . فلهذا المدين أن يتمسك بالأجل إ ذا طالبه الدائن بالوفاء قبل حلوله . ولايجوز ذلك للمدينيين الآخرين . بل يتعين على من يطالبه الدائن بالوفاء منهم أن يوفى بالدين كاملا فى الحال . فليس له أن يتمسك بالأجل حتي ولو بقدر حصة المدين الأول .

اتحاد الذمة :

نصت المادة ٢٨٨ مدني على أنه " اذا اتحدت الذمة بين الدائنين وأحد مدينه المتضامنين . فان الدين لاينقضى بالنسبة لباقي المدينيين

---

(١) راجع نقض مدنى ١٩٩١/٣/١٦ مجموعة أحكام النقض المدنى فى ٥٠ عاما طبعة نادى القضاة ص ١١٧.

الا بقدر حصة المدين الذى اتحدت ذمته مع الدائن " .

يتضح من هذه النص أن اتحاد الذمة سبب من أسباب الانقضاء للالتزام فاذا اتحدت الذمة بين الدائن وأحد مدينيه المتضامنين فان ذلك لايترتب عليه كلية انقضاء الدين بالنسبة الى سائر المدينيين . ولكن الدين ينقضى فقط بقدر حصة المدين الذى اتحدت ذمته مع الدائن . ويتحقق أحد المدينيين فورثة الدائن . فى كلتا الحالتين لاينقضى الدين الا بقدر حصة هذا المدين فيه فيكون للمدين الذى ورث الدائن فى الحالة الأولى . وللدائن الذى ورث المدين فى الحالة الثانية أن يرجع على أى من المدينيين الآخرين بكل ما تبقى بعد استنزال تلك الحصة منه (١).

٣ - الابراء:

نظم المشرع فى المواد من ٢٨٨ - ٢٩١ مدنى القواعد الواجبة الاتباع اذا ما أبرأ الدائن أحد المدينيين المتضامنين . ولابد لنا من تفرقة بين فرضين أولهما : اذا كان الابراء من الدين ذاته والثانى أن يكون الابراء من التضامن فقط .

الغرض الأول : اذا كان الابراء من الدين ذاته : اذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين من الدين ذاته انقضى الالتزام بالنسبة لهذا المدين فى علاقته بالدائن . فلا يجوز للدائن أن يطالب به . أما المدينون الأخرون فالقاعدة أن لهم التمسك بهذا الابراء بقدر حصة المدين

---

(١) راجع د/ عبدالمنعم الصدة فقرة ٦٥.

المبرأ . فيكون للدائن أن يطالب باقى المدينيين المتضامنين بما يبقى من الدين بعد خصم حصة المدين الذى أبرأه . ويقتصر حقه فى الرجوع عليهم على هذه الحدود فحسب وقد يكون الابراء بالنسبة لسائر المدينين وهنا يكون الابراء سببا لانقضاء الالتزام فى جملته طبقا للمادة ١/٢٨٩ مدنى . ويجوز للدائن أن يحتفظ بحقه فى الرجوع على باقى المدينيين بكل الدين . فلا يجوز لهم فى هذه الحالة التمسك بالابراء ولو بقدر حصة المدين الذى أبرأه الدائن . بل يتعين عليهم بالوفاء بالدين كاملا . ويكون لمن قام بالوفاء منهم الرجوع على المدين الذى صدر الابراء لصالحه بحصته فى الدين . وفى هذه الحالة الأخيرة تقتصر الفائدة التي تعود على المدين من الابراء على امتناع مطالبة الدائن له فلا يعفى من دفع حصته ولو أنه لايوفى بها للدائن وإنما للمدين الآخر الذى قام بالوفاء بكل الدين .

الغرض الثاني : اذا كان الابراء من التضامن فقط : فى هذا الغرض يختلف الأمر فهنا يقتصر الابراء على محو التضامن فاذا كان الدائن قد أبرأ المدينيين جميعا من التضامن فان الدين ينقسم عليهم فتتعدد الالتزامات بقدر تعددهم ، ويكون للدائن أن يطالب أيا منهم الا بقدر حصته أما اذا اقتصر الدائن على ابراء أحدهم فان الابراء يقتصر كما سبق القول على محو التضامن بالنسبة لهذا المدين فقط [٢]. وفى

(١) راجع د/ اسماعيل غانم ، المرجع السابق ص ٢٢٦.
(٢) راجع د/ عبدالحى حجازى ، ج ١ ص ٢٣٦ - ٢٣٧ .

كل الأحوال اذا استوفى الدائن من المدين الذى أبرأه من التضامن حصته . فلا يجوز له مطالبة المدينيين الآخرين الا بالباقى بعد استنزال ما استوفاه . أما اذا لم يستوف الدائن من هذا المدين شيئا . فقام بالوفاء أحد المدينيين الآخرين بالدين كله . كان لهذا المدين أن يرجع على المدين الذى أبرئ من التضامن بقدر حصته . ومما يجوز الاشارة اليه هنا أنه فى جميع الأحوال التي يبرئ الدائن فيها أحد المدينيين المتضامنين سواء فى الفرض الأول أو الفرض الثانى لايجوز أن يترتب على هذا الابراء زيادة فى عبء الالتزام على المدينيين الآخرين .

٤ - التقادم :

قضت المادة ٢٩٢ مدنى على أنه " اذا انقضى الدين بالتقادم بالنسبة الى أحد المدينين المتضامنين فلا يستفيد من ذلك باقى المدينيين الا بقدر حصة هذا المدين " فقد لاتكتمل مدة التقادم المسقط الا بالنسبة لأحد المدينيين المتضامنيين دون سائرهم . كما لو كان التزام أحد المدينيين منجزا والتزام الآخر مؤجلا اذا لقاعدة أن التقادم لايسرى الا من اليوم الذى يصبح فيه الدين مستحق الأداء . فلا يسرى بالنسبة للالتزام المؤجل الا من وقت انتهاء الأجل . فيتصور بناء على ذلك أن تكتمل مدة التقادم المسقط بالنسبة للمدين بالدين المنجز قبل اكتمالها بالنسبة للمدين الذى كان دينه مؤجلا . ومن ذلك أيضا أن تنقطع مدة التقادم أو يقف سريانه بالنسبة لمدين آخر . فتكتمل مدة التقادم للمدين

الذى استمر التقادم بالنسبة اليه دون انقطاع أو وقف قبل أن تكتمل بالنسبة لغيره .

فى مثل هذه الحالة يجوز للمدين الذى اكتملت له مدة التقادم أن يتمسك به فينقضى الدين كله بالنسبة اليه . أما المدينون الآخرون فلا يستفيدون من ذلك التقادم الا بقدر حصة هذا المدين (١)، فيجوز لهم أن يتمسكوا بالتقادم فى حدود هذه الحصة ويظل التزامهم قائما فى القدر الباقى . وذلك سواء كان المدين الذى اكتملت مدة التقادم بالنسبة اليه قد سبق أن تمسك بالتقادم . أو لم يكن قد سبق له ذلك بأن كان الدائن قد بدأ بمطالبة أحد المدينين الآخرين .

ج - النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر :

مقتضى هذا المبدأ أن ينوب المدينون المتضامنون بعضهم عن بعض فى علاقتهم مع الدائن وهذه النيابة مقصورة علي ما ينفع لافيما يضر . ويذهب استاذنا الدكتور البدراوي الى أن هذا المبدأ له شقان الأول : يقتصر على أن نيابة المدينيين عن بعضهم فيما ينفع . والثانى : أن النيابة لاتقوم بين المدينيين فيما يضر . وسوف نعرض فيما يلى لهذا المبدأ فى شقيه :

نيابة المدينين عن بعضهم فيما ينفع :

ينوب المدينون عن بعضهم فيما ينفع . وعلى هذا اذا وجد التضامن بين المدينيين استطاع كل منهم أن يبرئ ذمة الآخرين جميعا

بالوفـاء بالدين كله . أو باجـراء المـقـاصـة على دين له فى ذمـة الدائن مقابل مجموع الدين أو بأن يتحمل وحده التزام بالتجديد بدلا من سائر المدينيين . أو بأن ينال اسقاط مجموع الدين . أو بأن يحلف اليمين عند الاقتضاء على عدم وجوب دين ما . ففى هذه الأحوال وغيرها ينوب أحد المدينيين المتضامنين عن الآخرين فى ابراء ذمتهم من الدين . لما فى ذلك من نفع محض لهم .

٢ - لامجال للتضامن فيما يضر :

لاتقوم النيابة بين المدينيين فيما يضر أى الأحوال التي يكون فيها الضرر محضا . فان اجراؤها من جانب أحد المدينيين المتضامنيين لاينفذ فى حق الآخرين . ففى هذه الأمور تنتفى النيابة التبادلية وسوف نورد فيما يلى تطبيقات لهذا المبدأ فى شقيه السابقين :

أ - فى مجال الأحكام ليس للحكم الصادر على أحد المدينيين المتضامنيين حجية على الآخرين . أما اذا صدر الحكم لصالح أحد المدينيين فيستفيد منه الآخرون الا اذا كان مبنيا على سبب يتعلق بشخص المدين الذى حصل على الحكم وهذا هو ما أكده المشرع صراحة بالنص عليه فى المادة ٢٩٦ مدنى .

ب - بالنسبة للاعذار الموجه من أحد المدنيين الى الدائن يستفيد من نتائجه الآخرون ، أما الاعذار الموجه من أحدهم فلا يسرى أثره على الآخرين لأن كل مدين مسئول عن عمله فقط .

ج - الأسباب التي توقف مرور الزمان بالنسبة لعلاقة الدائن بأحد المدينيين المتضامنين لاتوقفه فى علاقته بغيره من المدينيين اذا كان سبب الوقف شخصيا كما لو وجدت علاقة زوجية أو أبوه بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين . فان التقادم يقف بينهما نظرا لهذا المانع الأدبى . هنا يقف التقادم بينهما . فسبب الوقف هنا شخصى . فضلا عن أنه لايجوز أن يضار به سائر المدينيين . وكذلك فان قطع التقادم فى علاقة الدائن بأحد المدينيين المتضامنين لايقطعه فى علاقته مع غيره حتي لايضار هؤلاء بسبب يرجع الى أحد المدينيين . ويقطع التقادم عن طريق الاقرار من المدين بالدين أو مطالبته به مطالبة قضائية .

ثانيا : علاقة المتضامنين فيما بينهم :

القاعدة التي تحكم هذه العلاقة هى انقسام الدين على المدينين كل بقدر حصته . فيتحمل كل منهم نصيبه فيه . ولتحديد حصة كل مدين على حدة يتم الرجوع الى الاتفاق ان كان التضامن مصدره الاتفاق . أو الرجوع الى نص القانون ان كان التضامن قانونيا . ومن ذلك ماورد النص عل يه فى المادة ١٦٩ مدنى التي توجب التضامن بين المسئولين عن الفعل الضار فى تعويض الضرر فهنا المشرع حدد نصيب كل منهم فى التعويض بأن أوكل الى قاضى الموضوع تحديد نصيب كل منهم وذلك حسب مدى جسامة الخطأ الذى صدر منه (١). هذه هي القاعدة واذا

---

(١) راجع الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٣٨٢ - ٣٨٤.

لم يكن هناك اتفاق أو نص فى القانون بشأن هذا التقسيم انقسم الدين بين المدينيين حصصا متساوية وهذا هو ما أكده المشرع فى نص المادة ٢٩٨/ ٢ مدنى ،. على أن هناك أحوال يكون فيها أحد المدينين المتضامنين فيها هو المدين الأصلى . أما المدينون الآخرون فليسوا فى الحقيقة سوى ضامنين [١]، وأن ظهروا فى علاقتهم بالدائن بمظهر المدينيين الأصليين . ففى هذه الحالات . يعامل المدينون فى علاقتهم بالدائن طبقا لقواعد التضامن . فيعتبر كل منهم مدينا أصليا بالدين . أما فى علاقتهم فيما بينهم تطبق قواعد الكفالة أى أن الدين لاينقسم بينهم وبين المدين الأصلى . بل يتحمله المدين الأصلى وحده . ولتوضيح ذلك نذكر حالات طبق فيها المشرع هذا المبدأ الأخير فى حالة التضامن المفترض بنص القانون بين متولى الرقابة والخاضع للرقابة ان كان مميزا عن تعويض الضرر الذى يحدث الخاضع بخطئه قبل الغير . والتضامن بين المتبوع والتابع ان لم يكن المتبوع قد اشترك مع التابع فى الخطأ . فالمسئول الأصلى هو الشخص الخاضع للرقابة أو التابع فيتحمل بالتعويض كله نحو المسئول عنه . وهذا المبدأ نص عليه المشرع فى المادة ٢٩٩ مدنى " اذا كان أحد المدينيين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة فى الدين فهو الذى يتحمل به كله نحوالباقين " .

---

(١) راجع د/ اسماعيل غانم ص ٣٣٩ ، ونقض مدنى ١٩٥٤/١٢/١٦ مجموعة النقض السنة ٦ ص ٢٧٠.

ولكن يثور التساؤل عن كيفية رجوعه المدين الذى بقوم بالوفاء على باقى المدينيين الآخرين ؟ هذا التساول له مغزى من حيث الواقع العملى ومن ثم بات لزاما التعرض له على النحو الذى يوضح الرؤية أمام المدين الموفى حتى يمكن الحصول على حقوقه كاملة . وعلى هذا اذا وفى أحد المدينيين المتضامنين بكل الدين كان له الرجوع على الباقين بما يزيد عن حصته . وكذلك الحال اذا كان قد وفى ببعض الدين مادام القدر الذى وفى به يزيد عن حصته (١). ومثل الوفاء تجديد الدين الذى يعقده أحد المدينين مع الدائن فيترتب عليه انقضاء الدين بالنسبة لسائر المدينيين دون أن يتحملوا بالدين الجديد . والمقاصة التي تقع بين الدائن وأحد المدينيين المتضامنين اذا تمسك بها هذا المدين عند مطالبة الدائن . أو تمسك بها الدائن عندما طالبه المدين بما له . فانقضى بها الالتزام التضامنى كله . أو انقضى منه مايزيد عن حصة المدين فيه . ولكن ماهى كيفية هذا الرجوع أو بالتعبير الأدق ماهي طريقة الرجوع . اذ لن يتسير تطبيق ماسبق الا بتحديد الطريق الذى يجب على مدين سولكه . نرى أن رجوع الموفى على باقى المدينيين يكون بأحد طريقتين :

الأولى : هو اللجوء الى الدعوى الشخصية . وهى دعوي الوكالة فى التضامن الاتفاقى . أو دعوي الفضالة فى التضامن القانونى . أو يرجع بدعوي الحلول طبقا للمادة ١/٣٢٦ مدنى ، والتي يطلق عليها

---

(١) راجع نقض مدنى ١٩٥٢/٣/٦ مجموعة النقض السنة ٣ ص ٥٨٥.

البعض دعـوي الدائن [١]، ومما يستدعى الانتباه فى هذا الصدد أى الدعوي يكون أفضل بالنسبة للمدين الموفى فى حالة الرجوع على باقى المدنيين المتضاميين ؟

فى واقع الأمر أن الدعوي لحلول ميزه ، وهى أنهما تمكن الموفى من الاستفادة من التأمينات التي كانت للدائن باعتباره يحل محله فى المطالبة بالدين . ولكن قد يفضل المدين الرجوع بالدعوي الشخصية فى بعض الأحوال . كما لو كانت دعوي الدائن قد سقطت بالتقادم . فمدة التقادم تحسب من وقت أن أصبح حق الدائن مستحق الأداء . وقد يكون حق الدائن مما يسرى عليه التقادم الحولى ويسقط بهذا التقادم فى حين أن مدة التقادم فى الدعوي الشخصية لاتبدأ الا من وقت الوفاء . كما أن للرجوع بالدعوى الشخصية ميزته أيضا . من حيث استحقاق الفوائد . اذ تحتسب الفائدة القانونية للموفى بوصفه وكيلا أو فضوليا من يوم قيامه بالوفاء وذلك عملا بأحكام المادتين ٧١٠ و ١٩٥ مدنى . وعلى أى الأحوال فان رجوع المدين بأي من الطريقين المشار اليهما . لايجوز له الرجوع على أى من المدينيين الباقين الا بقدر حصته فى الدين عملا بقاعدة انقسام الدين فميا بين المدينيين المتضامنين وهذا هو ما أكده المشرع فى المادة ١/١٩٧ مدنى وقد واجه المشرع فى المادة ٢٩٨ مدنى خطرا أمام هذا المدين . وهو حاله ما إذا كان أحد المدينيين الذين رجع عليهم معسرا . فأراد المشرع ألا يتحمل المدين الموفى هذه الحصة

(١) راجع د/ اسماعيل غانم ص ٣٤٠.

كاملة . بل اشرك معه فى تحملها سائر المدينيين الموسرين كل بقدر حصته في الدين [١] .

المطلب الثانى

التضامن الايجابى

Solidavite active

تمهيد :

سبق أن عرضنا فى المطلب الأول من هذا المبحث لأحكام التضامن السلبى . وسنفرد هذا المطلب الثانى لأحكام التضامن الايجابى أى التضامن بين الدائنين . ونظرا لأنه نادر الوقوع فى العمل . ويغنى عنه توكيل أحد الدائنين في استيفاء الدين . فاننا سوف نعرض له بالقدر الذى يتفق مع أحكام التضامن السلبى . فالمبادئ التي تحكمها واحد وهى : وحدة الدين - تعدد الروابط - النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر . ومن هنا نعرض لأحكامه على النحو التالى:

١ - ماهية التضامن الإيجابى ومصدره :

لقد تناول المشرع أحكام التضامن الايجابى فى المواد من ٢٧٩ حتي ٢٨٣ مدنى - ويمكن القول أنه يتحقق التضامن الايجابى حيث

---

(١) راجع نقض مدنى ١٩٤١/٢/٢٧ مجموعة عمر ج ٣ ص ٣٣٤ رقم ١٠٥.

يكون شخصان أو أكثر دائنين بدين واحد بحيث يحق لكل منهم أن يطلب وفاء الدين بجملته . كما يحق من جهة أخرى للمدين أن يوفى الدين الى أى منهم . وقد ينشأ التضامن الايجابى بالاتفاق أى بارادة ذوى الشأن[1] كما أنه قد ينشأ بنص فى القانون ، وأيضا قد ينشأ هذا التضامن من ماهية العمل .

فأما عن نشأة التضامن الايجابى بالاتفاق أى بارادة ذوى الشأن فهو لايفترض ونصت على ذلك المادة ٢٧٩ مدنى " التضامن بين الدائنين أو المدينيين لايفترض وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص فى القانون " .

وأما عن نص القانون من ذلك مانصت عليه المادة ٧١٦ من قانون الموجبات البنانى " اذا تعدد المودعون فى عقد الوديعة فانهم متضامنون ليس فقط فى الالتزامات بل وفى الحقوق الناشئة عن الوديعة " .

وكذلك ماجاء فى نصوص التشريعات الخاصة بقانون العمل ١٢ لسنة ٢٠٠٣ والتأمين الاجتماعي ٧٩ لسنة ١٩٧٥ وقانون الضرائب علي الدخل . وقد ينشأ من ماهية العمل : ومن ذلك البيع الصادر عن عدة بائعين متضامنين فإذا لم يقم المشترى بدفع الثمن لهم . كان لهم

---

(١) اجع د/ البدراوى - المرجع السابق ص ٢٦٦.

(٢) أنظر المواد ٤-٨ من قانون العمل والمادتين ١٤٦ ، ١٥٢ تأمين اجتماعى والمادة ١٧ من القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ .

متضامنين المطالبة بالفسخ . هذا ويلاحظ أن التضامن بدفع الثمن لهم .
كان لهم متضامنين المطالبة بالفسخ . هذا ويلاحظ أن التضامن بين الدائنين لايسرى على ورثتهم فى الديون القابلة للتجزئة . فلو توفى أحد الدائنين المتضامنين فان الحق ينقسم بين ورثته [١].

٢ - أثار التضامن الايجابى :

كما سبق القول بالنسبة للتضامن السلبى تم بحث هذه الآثار فى علاقتين . فاننا نسير على ذات النهج ونوضح آثار التضامن الايجابى فى علاقة الدائنين المتضامنين مع المدين ثم علاقة الدائنين المتضامنين فيما بينهم . على النحو التالى :

أ - علاقة الدائنين المتضامنين مع المدين :

هذه العلاقة كما سبق القول تحكمها المبادئ الثلاثة سالفة الذكر وهى :

وحدة الدين - تعدد الروبط - النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر . وسوف نعرضها فيما يلى :

١ - وحدة الدين :

مقتضى هذا المبدأ أن لكل من الدائنين أن يطالب المدين بالوفاء بكل الدين . وأن للمدين أن يوفى الدين كله لأى منهم فتبدأ ذمته بهذا

---

(١) راجع د/ مصطفى الجمال المرجع السابق ص ١٢٨ .

الوفاء قبلهم جميعا . على أن انقضاء الدين بالنسبة للدائنين جميعا اذا قام المدين بوفائه لأى منهم ومشروط بألا يكون أحدهم قد مانع فى ذلك الوفاء . وإلا تبرأ ذمة المدين قبل باقى المدنيين الا بقدر حصة الدائن الذى تم الوفاء له . ويكفى مجرد الاعتراض . فلا يشترط اتخاذ اجراء رسمى معين [١]، فإذا اعترض أحد الدائنين كان المدين ملزما بأداء الالتزام للدائنين مجتمعين أو إيداع الشئ محل الالتزام[٢].

وإذا اتخذ أحد الدائنين قبل المدين اجراءات المطالبة وجب على المدين أن يوفى الدين كله لهذا الدائن أو لم انضم اليه تلك الاجراءات من الدائنين الآخرين . أى أن فى قيام أحد الدائنين أو بعضهم باجراءات المطالبة مانعاً كافيا يجول دون الوفاء لغيرهم . فلا يحتج بوفاء أداه المدين لدائن آخر بعد المطالبة الا بقدر حصة الدائن الموفى له .

وإذا توفى أحد الدائنين فلن يحول التضامن دون انقسام بين ورثته بنسبة حصة كل منهم فى الميراث [٣].

٢- تعدد الروابط

تتعدد الروابط التي تربط المدين بكل من الدائنين المتضامنين بقدر تعدد هؤلاء . ويترتب على ذلك النتائج التالية :

(١) راجع د/ سليمان مرقص أحكام الالتزام ١٩٥٧ عكس ذلك " يرى أنه يشترط الانذار " .

(٢) راجع د/ أنور سلطان أحكام الالتزام ١٩٥٧ فى تأمين لهذا الرأى فقرة ٤ ص ٢٧٤ ، ص ٢٨٤ .

(٣) راجع الأعمال التحضيرية ج ٣ ص ٥٩.

١ - قد يكون أحد الدائنين إرادته مشوبه بعيب من عيوب الارادة كالغلط أو التدليس أو الاكراه أو الاستغلال فعندئذ لايجوز للمدين أن يتمسك بهذا العيب فى مواجهة أى من الدائن الآخرين .

ب - قد تكون رابطة أحد الدائنين بالمدين موصوفة بوصف كأن يكون التزامه مضافا الى أجل أو معلقا على شرط فعندئذ يراعى فى مطالبة الدائنين للمدين ما يلحق برابطة كل منهم من وصف يعدل من أثر الدين بالنسبة اليه وحده وذلك اعمالا لنص المادة ١/٢٨٦ مدنى .

ج - بالنسبة لأسباب الانقضاء الخاصة غير الوفاء بالدين وضع لها المشرع فى المادة ٣/٢٨٢ مدنى " اذا برئت ذمة المدين قبل أحد الدائنين المتضامنين بسبب غير الوفاء . فلا تبرأ ذمته قبل باقى الدائنين الا بقدر حصة الدائن الذى برأت ذمة المدين قبله " . فالتجديد الذى ينعقد بين المدين وأحد الدائنين المتضامنين لايترتب عليه انقضاء الالتزام القديم الا بالنسبة له فيجوز لأ منهم أن يطالب المدين به بعد استنزال حصة الدائن الذى اتفق على التجديد . وتنطبق القاعدة ذاتها على المقاصة التي تقع بين المدين وأحد الدائنين وكذلك اتحاد الذمة والابراء [١]، كما قد تستكمل مدة التقادم بالنسبة لأحد الدائنين قبل استكمالها بالنسبة لدائن آخر . فالتقادم لايبدأ سريانه الا من اليوم الذى يصبح فيه الدين مستحق الأداء . وهو لايسرى اذا تحقق سبب لوقفه .

---

(١) انظر المذكرة الايضاحية فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٨٠.

وقد يكون حق أحد الدينيين مضافا الى أجل واقف . أو معلقا على شرط واقف فلا يستحق أداؤه الا من الوقت الذى ينقضى فيه الأجل أو يتحقق فيه الشرط . وقد يتحقق سبب لوقف التقادم بالنسبة لدائن دون آخر . فى مثل هذه الحالات لايجوز للمدين أن يتمسك بالتقادم فى مواجهة الدائن الذى لم تستكمل مدة التقادم بالنسبة اليه الا بقدر حصة الدائن الذى تقادم حقه [١].

٣ - النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر :

نصت على هذا المبدأ المادة ٢/٢٨٣ مدنى التي جاء نصها على أنه " لايجوز لأحد الدائنين المتضامنين أن يأتى عملا من شأنه الاضرار بالدائنين الآخرين " . فاذا أعذر أحد الدائنين المتضامنين المدين استفاد الباقون من هذا الاعذار . أما اذا أعذر المدين أحد الدائنين المتضامنين فلا يكون لذلك أثر بالنسبة لباقى المدينيين . واذا قطع التقادم لأحد الدائنين انقطع بالنسبة للباقين . ويستحق الدائنون جميعا الفوائد من وقت أن يطالب أحدهم بها مطالبة قانونية . ويستفيدون جميعا من اقرار المدين لأحدهم ومن الحكم الذي يصدر لصالح أحدهم الا اذا كان مبنيا على سبب خاص بهذا الدائن . ولايحتج عليهم بالحكم الذى يحصل عليه المدين ضد أحد الدائنين الا بقدر حصة هذا الدائن .

---

(١) انظر د/ عبدالحى حجازى المرجع السابق يرى عكس ذلك " أنه لايجوز الدفع بالتقادم فى مواجهة الدائنين الآخرين " . ولو بقدر حصة الدائن الذى تقادم حقه هامش ٢ ص ٢٢٢.

ب - علاقة الدائنين المتضامنين فيما بينهم :

هذه العلاقة يحكمها قاعدة انقسام الدين والتخلص[١] فيه ويبنى على ذلك أن مايستوفيه أحدهم من المدين يصبح من حق الدائنين جميعا كل بنسبه حصته وذلك أيا كان القدر الذى استوفاه . فليس للدائن الموفى له أن يحتفظ بما استوفاه حتي ولو كان لايجاوز قدر نصيبه فى الدين . والقاعدة أن الدين يقسم بين الدائنين حصصا متساوية مالم يشترط خلاف ذلك وهذا ما أورده المشرع فى المادة ٢/٢٨٣ مدنى . وعلى خلاف الحال في التضامن السلبى يكون رجوع الدائنين المتضامنين فيما بينهم بطريق الدعوي الشخصية وهى الوكالة الضمنية أو الفضالة . فلا يتصور الرجوع بدعوي الحلول فى التضامن الايجابى[٢].

---

(١) انظر د/ البدراوي المرجع السابق ص ٢٧١.

(٢) راجع د/ اسماعيل غانم المرجع السابق ص ٣٤٤ هامش ١ .

المبحث الثانى

عدم القابلية للانقسام

indivisible

تمهيد :

لا أهمية للتمييز بين الالتزام قابلا للانقسام وغير القابل للانفسام الا حيث يتعدد أطرافه . اذ عندئذ يجب على المدين أن يوفى بالالتزام كله . ويجبر الدائن على قبول الوفاء الجزئى . ومن هنا لابد لنا أن تعرض تفصيلا لماهية الالتزام القابل للانقسام والغير قابل لذلك. ثم ماهي أسباب عدم القابلية للانقسام والآثار التي تترتب على عدم قابلية الالتزام للانقسام وذلك علي النحو الآتى :

أولا : ماهية الالتزام القابل للانقسام وغير القابل للانقسام

١ - الالتزام القابل للانقسام :

اذا تعدد أحد طرفى الالتزام أو كلاهما وكان الالتزام قابلا للتجزئة . فان الدين ينقسم بين الدائنين وبين المدينيين . بمعني أنه اذا كان هناك عدة دائنين لم يكن لكل منهم أن يطالب الا بحصته من الدين . واذا كان هناك عدة مدينين لم يلزم كل منهم الا بجزء من الدين . والغرض فى هذا كله أن الدين غير تضامني . واذا كانت القاعدة أن الدين قابل للتجزئة . الا أنه لايتجزأ فى حالتين هما :

أ - عندما يكون موضوع الالتزام تسلم شئ معين بذاته موجود فى حوزة أحد المدينيين .

ب - حينما يكون أحد المدينيين مكلفا وحده بتنفيذ الالتزام أما بموجب عقد الانشاء واما بموجب عقد لاحق له .

فى هاتين الحالتين سالفتى الذكر يجوز أن يطالب بمجموع الدين المدين الحائز للشئ محل الالتزام أو المكلف بالتنفيذ . ويكون له عند الانقضاء الرجوع على سائر شركائه فى الدين . وأيضا فى هاتين الحالتين يكون لقطع التقادم فى مواجهة المدين الذى تجوز مطالبته بكل الدين أثره بالنسبة لباقى المدينيين (١).

٣ - الالتزام غير القابل للانقسام :

عالج المشرع الالتزام غير القابل للانقسام فى المواد من ٣٠٠ حتى ٣٠٢ مدنى . واذا كان الأصل أن الالتزام ينقسم بين المدينيين المتعددين والدائنين المتعددين . الا أنه فى بعض الأحوال قد يكون الالتزام غير قابل للانقسام بحيث يجب الوفاء به جملة واحدة .

ثانيا : أسباب عدم القابلية للانقسام :

اختلف الفقه (٢)فى تحديد أسباب عدم قابلية الالتزام للانقسام

---

(١) راجع د/ البدراوى ، المرجع السابق ص ٢٨٦ .

(٢) راجع د/ البدراوى المرجع السابق ص ٢٨٧ واسماعيل غانم ص ٣٤٧ - د/ السنهورى الوسيط ص ٥٧٨ .

فذهب البعض الى أن عدم الانقسام يرجع الى أحد سببين أما الى طبيعة المحل واما الى اشتراط عدم تجزئة الوفاء . وذهب الاتجاه الاخر الى أن عدم قابلية الالتزام ترجع الى احدى أسباب ثلاث هى : طبيعة محل الالتزام - الاتفاق - نص القانون ونظرا لوجاهة الاتجاه الآخير من حيث التأصيل القانوني فاننا نحذه حذوه فى ذلك ونعرض لهذه الأسباب الثلاثة على النحو التالى :

١ - طبيعة محل الالتزام :

فى واقع الأمر أن عدم انقسام الالتزام طبقا لطبيعة المحل يمكن تقسيمها إلى قسمين : عدم الانقسام المطلق وعدم الانقسام النسبى .

(أ) **عدم القابلية للانقسام المطلق :** اذا كان محل الالتزام امتناعاً عن عمل . فالتزام بائع المحل التجارى بعدم منافسة المشترى لاتتصور فيه التجزئة . فلا يتصور أن ينفذ منه جزء دون جزء . فإذا تعدد البائعون التزام كل منهم بعدم المنافسة التزاما لايقبل الانقسام . فلا يتصور أن يقوم أحدهما بنصف هذا الالتزام ويترك النصف الآخر . واذا تعدد المشترون فلا يتصور الا أن ينفذ البائع التزامه كاملا بالنسبة لكل منهم . كذلك من الالتزامات بعلمهم ألا يقبل الانقسام بسبب طبيعة ذلك العمل . كالتزام بتسليم حيوان حيا . وكالتزام البائع بالتدخل فى دعوى الاستحقاق التى ترفع على المشترى لرد تعرض مدعى الاستحقاق . أما الالتزام بنقل حق عينى أو إنشاءه على شئ .أى الالتزام باعطاء فيندر أن

يكون غير قابل للانقسام بصفة مطلقة بسبب طبيعة محله . ذلك أنه حتى فى الحالات التى يكون فيها الشئ غير قابلا للتجزئه المادية . فإن الوفاء الجزئى ليس مستحيلا . اذ من المتصور أن تنقل للدائن حصة شائعة فى الشئ بدلا من الحق كاملاً [١] ومن الامثلة العملية النادرة . الالتزام بتقرير حق ارتفاق . فلا يتصور تنفيذه جزئيا . اذ أن حق الارتفاق لايتصور تقريره على حصة شائعة فى العقار المرتفق به .

(ب) عدم القابلية للانقسام النسبية :

يكون كذلك عندما يكون محل الالتزام غير قابل للتجزئه بسبب نظر المتعاقدان اليه ككل لاينقسم . والمثال التقليدى فى هذا الصدد التزام المقاول ببناء المنزل . فالعمل المطلوب تتصور تجزئته بل هو لايتم الا جزءا جزءا اذ أن بناء المنزل يتم على مراحل متعاقبه . ولكن محل الالتزام فى نظم المتعاقدين ليس عناصر البناء المختلفة وانما البناء ككل . فإذا تعهد مقاولان ببناء منزل وفقاً لمواصفات معينه فلا ينقسم الالتزام عليها . وان لم يشترك التضامن بينهما . فلا يكفى أن يقوم أحدهما ببناء جزء من المنزل تاركاً للآخر بناء الجزء الباقى واتماما للمواصفات . بل يكون لرب العمل أن يطالب أيا كان منهم ببناء المنزل كاملا وفقا للمواصفات المتفق عليها . وكذلك أن يتعهد مؤلفان لناشر بتأليف روايه معا . فيكون التزامهما غير قابل للانقسام على أساس طبيعة المحل النسبية [٢].

---

(١) راجع د/ السنهورى جـ ٣ فقرة ٢١١ ص٣٧٦ - ٣٨٧ .

(٢) بولانجيه دالوز جـ ٢ ص١٠١١ فقرة ٩ .

٢ - عدم القابلية للانقسام بإرادة الأطراف :

يطلق عليه البعض عدم القابلية المشروط [١] أى يستفاد من سند الاتفاق أن الالتزام لاتجوز تجزئة الوفاء به رغم كونه قابلا بطبيعته للتجزئه . وهذا الاتفاق يمكن أن يكون صريحا ويمكن أن يستخلص ضمنا من ظروف التعاقد . وخصوصاً من الغرض المقصود من الالتزام . ومثل ذلك أن يقوم شخص ببيع قطعتى أرض إلى مشتر واحد بصفته واحدة . ويكون مفهوما بين المتعاقدين أنه قد أراد بذلك أن يسدد من ثمنها معا دينا عليه فيكون التزام المشترى بالنسبة للقطعتين التزاما واحد لايقبل التجزئه [٢]. وفى غالب الأحوال يكون اشتراط عدم الانقسام مقررا لمصلحة الدائن . فلا يجبر الدائن على قبول الوفاء الجزئى . وان تعدد المدينون بل يكون كل منهم ملزما بأداء الدين كله . أما اذا تعدد الدائنون . أو توفى الدائن عن عدة ورثه . فينقسم الحق عليهم . فيكون لكل منهم أن يطالب المدين بحصته فقط . على أنه قد يشترط عدم الانقسام لمصلحة المدين فلا يجبر على تقسيم الوفاء وان تعدد دائنوه . ومثل ذلك فى حالة مايشترط فى الاسهم والسندات أنها لاتقبل التجزئه فإذا مات صاحبها عن عدة ورثة فلا ينقسم الحق عليهم ولايجوز أن يطالب كل منهم الشركة بجزء من الأرباح أو الفوائد بقدر حصته فى الميراث بل لاتلزم الشركة الا بالوفاء جملة واحدة [٣].

(١) راجع اسماعيل غانم ص٣٤٨ .
(٢) راجع نقض مدنى ١٩٥١/٣/٢٢ مجموعة النقض السنه ٢ ص٤٤٤ رقم ٨٢ .
(٣) بلانيول وريبر جـ ٧ فقرة ١١٠٢ . بولانجيه موسوعة دالوز جـ ٢ ص١٠١٢ فقره ١٧ .

٣ - عدم القابلية للانقسام الذى يرجع إلى نص القانون :

من أمثلة ذلك حق الشفعة . اذ لايجوز استعماله أو اسقاطه الا فى كامل العقار المشفوع فيه حتى لاتتفرق الصفقه على المشترى [١].

ثالثا : آثار عدم قابلية الالتزام للانقسام :

ينحصر الأثر الجوهرى فى وجوب الوفاء به جملة واحدة . وتتجلى أهمية ذلك عندما يتعدد الدائنون أو المدينون .

١ - فى حالة تعدد الدائنون :

اذا تعدد الدائنون جاز لكل دائن أن يطالب بأداء الالتزام كاملا . كما هو الحال فى التضامن الايجابى . ألا اذا اعترض أحد الدائنين على ذلك فيلزم المدين بأداء الدين للدائنين مجتمعين أو ايداع الشئ محل الالتزام وذلك طبقا للمادة ٢/٣٠٢ مدنى واذا استوفى أحد الدائنين الالتزام رجع عليه الباقون كل بقدر حصته . وعندئذ تقوم النيابه التبادليه فيما بين الدائنين فيه فيما فيه نفع لهم لافيما يضر بهم .

٢ - فى حالة تعدد المدينين :

اذا تعدد المدينون فى التزام غير قابل للانقسام كان كل منهم ملزما بالوفاء بالدين كله . وللمدين الموفى بالدين حق الرجوع على

---

(١) انظر عكس ذلك د/ عبد الحى حجازى جـ١ ص٣٧٢ " أن النيابة لاتقوم بين الدائنين ".

الباقين كل بقدر حصته الا اذا تبين من الظروف غير ذلك . وبذلك تتشابه الآثار التى تترتب على عدم القابلية للانقسام عند تعدد المدينين بآثار التضامن السلبى فيلتزم كل مدين فى صلته بالدائن بالوفاء بالدين كاملا . وقد تختلف رابطة بعض المدينين عن رابطة البعض الآخر . بل أن مبدأ النيابة التبادلية بين المدينين فى صلتهم بالدائن ينطبق أيضاً فى نفس الحدود التى ينطبق فيها عند تضامن المدينين . أما بالنسبة لعلاقة المدينين فيما بينهم . فيقسم الالتزام .فللمدين الذى وفى بالدين حق الرجوع على الباقين كل بقدر حصته . الا اذا تبين من الظروف غير ذلك . بأن كان أحد المدينين وحده صاحب المصلحة فى الدين فيتحمله وحده كما هو الحال فى التضامن [١].

الفرق بين عدم القابلية للانقسام والتضامن :

اذا كان هناك بعض التشابة بين آثار عدم القابلية للانقسام وآثار التضامن الا أن هناك فروق جوهرية وثانوية بينهما نوجزها فيما يلى :

أولا : الفرق الثانوى بينهما :

هناك فارق ثانوى فى تطبيق مبدأ تعدد الروابط بين التضامن وعدم القابلية للانقسام الطبيعى . اذ يترتب على هذا المبدأ أنه قد تنقضى رابطة أحد المدينين بسبب يقوم بالنسبة اليه وحده دون أن

(١) راجع د/ اسماعيل غانم المرجع السابق ص٣٥٢ .

تنقضى رابطة غيره من المدينين [1] فلا يستفيد هؤلاء كقاعدة عامة الا بقدر حصة هذا المدين . فإذا كان الالتزام تضامنياً لايجوز للدائن أن يطالب أيا من المدينين الآخرين الا بالباقى بعد الخصم لتلك الحصة . ويتعذر هذا اذا كان الالتزام لايقبل الانقسام بسبب طبيعة محله . فيكون للدائن أن يطالب باقى المدينين بكل الدين . على أن يلزم بدفع قيمة تلك الحصة . اذا انقضى الحال ذلك .فى الأحوال التى كان للمدين الموفى فيها أن يرجع على زملائه لولا انقضى روابطهم .

ثانياً: الفروق الجوهرية :

١ - الالتزام غير القابل للانقسام سواء أن كان طبيعا أو مشروطا لاينقسم بين الورثة على عكس الحال فى الالتزام التضامنى . فإذا كان الالتزام لايقبل الانقسام وتوفى الدائن عن عدة ورثه كان لكل وارث أن يطالب بالدين كله .أما اذا اشترط التضامن بين الدائنين فى التزام يقبل الانقسام كدفع مبلغ من النقود . ثم توفى أحدهم فلا يحول التضامن دون انقسام الحق بين ورثته ومما هو جدير بالذكر أن الدين طبقا للتشريع المصرى لاينقسم بين الورثة بل هو مضمون بأموال التركة ضماناً لايقبل

---

(١) أنظر المادة ٨٨٥ مدنى يلاحظ أن توزيع الديون المؤجلة على الورثة لن يترتب عليه أن ينقسم الدين الواحد . فالمحكمة ستراعى فى التوزيع أن يختص كل وارث بدين كامل . على خلاف القانون الفرنسى يتجزأ الدين التضامن بين الورثة .(البدراوى ص٢٨٨) .

التجزئة . ٢ - الالتزام التضامنى يشمل التنفيذ والتعويض . أما الالتزام غير القابل للانقسام الطبيعى لايشمل التعويض النقدى . اذ يبقى غير منقسم مادام محله لايقبل التجزئة . أما اذا تحول إلى تعويض نقدى لتعذر التنفيذ العينى انقسم الالتزام بالتعويض . ومثل ذلك اذ التزم مقاولان ببناء منزل دون تضامن بينهما فللدائن أن يطالب أيا منهم ببناء المنزل كاملا . وذلك هو التنفيذ العينى لا يقبل الانقسام بسبب طبيعة المحل . أما اذا تأخر المقاولان فى تشييد المنزل أو لم يقوما بالتنفيذ . فإن التعويض عن التأخير أو عن عدم التنفيذ يقسم فيما بينهما . فلا يلزم كل منهما الا بقدر حصته . ومن ثم يجب الاشارة إلى أن من مصلحة الدائن الا يكتفى بعدم قابلية الالتزام للانقسام بل يجب عليه اشتراط التضامن بين المدينين [١].

---

(١) راجع د/ نزيه محمد الصادق المهدى . أحكام الالتزام ص١١٨ .

الباب الرابع
انتقال الالتزام

تمهيد :

يقصد بانتقال الالتزام [١]أن يتحول الالتزام ذاته بجميع خصائصه وضماناته وصفاته من الملتزم به إلى متلزم آخر . أى يحل شخص جديد محل الدائن أو محل المدين . مع بقاء الالتزام دون تغيير الا فى أحد طرفيه [٢]وينتقل الالتزام بسبب الوفاه . وهنا يخضع لقواعد الميراث والوصية . وتكون مجال دراستها فى المواريث فى نطاق الأحوال الشخصية . كما ينتقل بين الأحياء وهذا مانظمة المشرع المصرى فى الباب الرابع من كتاب آثار الالتزام فى المواد من ٣٠٣ حتى ٣٢٢ مدنى وهذا الانتقال قد يكون ايجابيا أى من حيث يتغير الدائن . ويطلق عليه حواله الحق . وقد يكون هذا الانتقال سلبيا أى من ناحية المدين . ويطلق عليه حواله الدين . ومن هنا لابد لنا من التعرض لأحكام حوالة الحق وحوالة الدين كل فى فصل مستقل على النحو التالى : -

---

(١) راجع د/ شفيق شحاته حواله الحق فى البلاد العربية عام ١٩٥٤ ص١١ ، ١٢ .
(٢) راجع د/ البداروى ص٢٨٩ . ود/ اسماعيل غانم ص٣٥٨ ود/ محمد على عمران ص١٩١

الفصل الأول

حوالة الحق

cession de creance

تمهيد :

لما كانت حوالة الحق تعبر عن انتقال الالتزام فى وجهه الايجابى . وذلك بحلول دائن جديد محل الدائن القديم مع بقاء الالتزام كما هو . فإنه ينبغى الوقوف على أحكامها التفصيلية من حيث ماهيتها والغرض منها ثم شروط انقضاءها ونفاذها وكذلك الآثار التى تترتب على الحوالة . كل ذلك الاجمال نفصله على النحو التالى :

أولا : ماهية حوالة الحق والغرض منها :

لم يضع المشرع تعريفاً محددا لحوالة الحق فى نص التقنين المدنى . وانما يمكن تعريفها[1] بأنها عقد بموجبه ينقل الدائن ماله من حق قبل المدين إلى شخص من الغير يصبح دائنا مكانه فيطلق على الدئن الجديد المحال له والدائن القديم الأصلى المحيل والمدين محالا عليه . وقد يبدو من ظاهر الأمور أن حوالة الحق عقد بين أطراف ثلاثة هم المحيل والمحال له والمحال عليه . ولكن حقيقة الأمر غير ذلك أنها

(١) راجع د/ شفيق شحاته حوالة الحق فى البلاد العربية عام ١٩٥٤ ص١٢،١١.

عقد طرفاه هما المحيل والمحال له فقط ولايعتبر المحال عليه طرفا فى هذا العقد[١] وذلك لأن حوالة الحق تتم دون رضاء المدين [٢].وأما عن الغرض من حوالة الحق . فإنها فى الغالب الأعم تتم فى مقابل ثمن نقدى يلتزم به المحال له . وهنا تعتبر الحواله بيعا ويطبق عليها أحكام البيع . فقد يحتاج الدائن إلى نقود لقضاء بعض مصالحه فيقوم ببيع ماله من حق فى ذمة مدينه إلى دائن آخر . ويستفيد المحال له بالحواله اذ تكون له فوائد الدين . وغالبا ما يكون الثمن الذى دفعه للمحيل أقل بكثير من الدين . أو قد يكون المدين مماطلا فى التنفيذ فيضطر الدائن إلى التخلص من هذا الدين بالتنازل عنه للمحال له حتى يسهل عليه استيفاء الدين . وقد تكون الحوالة ليست بمقابل نقدى . وانما لقضاء دين للمحال له . وهنا تعتبر الحوالة صورة من صور الوفاء بمقابل والتى سنتعرض لها تفصيلا عند الحديث عن انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء . وهنا تطبق عليها قواعد الوفاء بمقابل . وفى الأحوال النادرة قد لاتكون الحوالة بعوض . وانما تكون بقصد التبرع بالحق المحال به إلى المحال له . فتعتبر هنا الحواله هبة . وتطبق عليها شرط الرسمية للانعقاد وسائر شروطها الموضوعية من حيث جواز الرجوع فى الهبه[٣] .

---

(١) راجع د/ البداوى ص٢٨٩ . واسماعيل غانم ص٣٥٨ ومحمد على عمران ص١٩١ .

(٢) راجع نص المادة ٣٠٣ من القانون المدنى .

(٣) راجع د/ مصطفى الجمال أحكام الالتزام ١٩٩٠ ص٢٣٦ .

ثانياً انعقاد حوالة الحق :

لقد عالج المشرع انعقاد الحوالة فى المادة ٣٠٣ مدنى التى نصت على أنه " يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر الا اذا حال دون ذلك نص القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام " .

يتضح من هذا النص أن المشرع وضع قاعدة عامة هى : أن حوالة الحق تجوز فى جميع الحقوق سواء كانت مدنية أم تجارية . وسواء كانت مضافه إلى أجل أو معلقه على شرط . سواء كانت متنازع عليها أم غير متنازع عليها [١] ثم وضع استثناء على هذه القاعدة فى الأحوال الآتيه :

١ - اذا كان هناك نص فى القانون :

قد ينص القانون على منع الحوالة فى بعض الحقوق كما هو الحال فى الحقوق غير القابلة للحجز عليها مثل دين النفقه . أو اذا كان الحق فى جزء منه غير قابل للحجز عليه . فلا تمتنع الحوالة الا فى حدود ذلك الجزء ومن الحالات أيضاً التى نص فيها القانون على منع حوالة الحق فيها[٢] الحق فى التعويض عن الضرر الأدبى مالم يتحدد التعويض بمقتضى الاتفاق أو يطالب به الدائن أمام القضاء . وكذلك حق المستعير فى استعمال الشئ المعار[٣] .

(١) راجع د/ البدراوى المرجع السابق ص٢٥٩ .
(٢) راجع نص المادة ٢٢٢ مدنى .
(٣) راجع نص المادة ٦٣٩ مدنى .

٢ - اذا كان هناك اتفاق بين الدائن والمدين :

قد يتفق الدائن والمدين على عدم جواز الحوالة فيتقيد الدائن بهذا الاتفاق . كما لو اشترط المؤجر على المستأجر عدم جواز التنازل عن الايجار للغير . وكذلك ماتشترط شركات النقل كمصلحة السكك الحديدية من عدم جواز التنازل عن الاشتراكات للغير .

٣ - اذا كانت طبيعة الالتزام توجب ذلك :

قد تمتنع حوالة الحق بسبب طبيعة الحق وذلك فى الحالات التى يكون فيها الحق متصلا اتصالا وثيقاً بشخص الدائن أو روعيت فيه شخصيته مثل عقد المزارعة . وكحق الشريك فى شركات الأشخاص وحق الدائن فى النفقة [١] .

ولما كانت حوالة الحق عقد فإنه ينبغى تطبيق القواعد العامة عليها من حيث التراضى والسبب . فيجب أن يكون ذلك برضاء كل من المحيل والمحاله فهنا طرفا هذا العقد ولااعتداد كما سبق القول برضاء المدين . كما لابد أن يصدر الرضاء خاليا من عيوب الارادة . أى يكون كل من المتعاقدين أهلا للتعاقد ولايشترط للحوالة شرط شكلى الا اذا كانت حوالة تبرعية فتسرى عليها أحكام عقد الهبه . أنها لاتنعقد الا اذا

---

(١) راجع د/ البدراوى المرجع السابق ص٢٦١ .

كانت ثابته بورقة رسمية . كما يشترط لانعقاد الحوالة أن يكون سببا مشروعاً . وقد افترض المشرع مشروعية السبب الا اذا قام الدليل على غير ذلك . وأما من حيث المحل فقد تعرضنا تفصيلا له من حيث الحق المحال به فى القاعدة العامة والاستثناء الوارد عليها فى المادة ٣٠٣ مدنى .

ثالثا : نفاذ الحوالة :

تناول المشرع فى المادة ٣٠٥ مدنى التى نصت على أنه " لاتكون الحواله نافذه قبل المدين أو قبل الغير الا اذا قبلها المدين أو أعلن بها. على أن نفاذها قبل الغير بقبول المدين يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ " .

يتضح من سياق هذا النص أن المشرع وضع اجراءات معينه لنفاذ الحواله قبل المدين تختلف عن نفاذها قبل الغير واجراءات خاصه ببعض الحقوق ومن ثم فلابد لنا من التعرض تفصيلا لذلك فيما يلى :

١ - نفاذ حوالة الحق قبل المدين :

يتضح من هذا النص سالف الذكر أنه يشترط لنفاذ الحوالة قبل المدين قبوله لها أو اعلانه بها . ومن ثم هناك أحد اجرائين لابديل عنهما هما القبول والاعلان .

(أ) أما عن قبول المدين :

يعتبر قبول المدين للحوالة بمثابة اقراره بعمله بحصول الحواله . وأن عليه بعد ذلك أن يؤدى الحق للمحال له فى نفس الحدود التى كان عليه أن يؤديه فيها للمحيل . ولذلك كان للمدين رغم قبوله للحواله أن يتمسك فى مواجهة المحال له بكافة الدفوع التى كان يستطيع المدين أن يتمسك بها قبل المحيل . الا أنه يستثنى من ذلك الدفع بالمقاصة الذى كان يستطيع المدين أن يتمسك به قبل المحيل فلا يجوز له التمسك به قبل المحال له اذا كان قد قبل الحواله دون تحفظ[1] ولما كان الغرض من اشتراط القبول هو الدلالة على علم المدين بالحوالة لذلك يجب لكى تكون الحوالة نافذه قبله أن يكون قبولا لاحقاً لانعقاده . فلا يكفى اذن أن يقرر المدين فى سند الدين أنه راضى مقدما بحوالة الحق للغير . الا أنه يجب أن يكون هذا القبول صريحاً . ولايعتد بالقبول الضمنى الا اذا كانا قاطعا فى دلالته على قبول المدين للحواله . كأن يستخلص مثلا من وفاء المدين ببعض الدين للمحال له [2] .

(ب) وأما عن اعلان المدين بالحوالة :

الاعلان هو اخبار المدين بالحوالة . وحتى يكون هذا الاعلان

---

(١) راجع المادة ١/٣٦٨ مدنى .
(٢) راجع د/ اسماعيل غانم المرجع السابق ص٣٥٩ .

منتجاً لآثاره . يجب أن يكون بصفه رسميه . وهو يكون كذلك بناء على اخبار المدين بورقة رسميه على يد محضر . وذلك طبقا لقواعد الاعلان فى قانون المرافعات المدنية والتجارية [1] . وهذا الاعلان فى غالب الأحوال يكون بناء على المال له . اذ من مصلحته أن يسارع بمجرد انعقاد الحوالة إلى القيام بما يلزم لنفاذها حتى يستقر له الحق المحال .

ولكن هذا لايمنع من قيام المحيل بهذا الاجراء . ولكن أى الطريقين أفضل الاعتداد بالقبول أم الاعلان ؟ نرى أن طريق الاعلان أيسر من الناحية العملية اذ تكون للورقة الرسميه حجيتها عند الانكار . كما لااعتداد برفض المدين عند اعلانه بالحوالة . ولايؤثر ذلك على نفاذها فى مواجهته .

٢ - نفاذ الحوالة بالنسبة للغير :

يقصد بالغير هنا كل من يضار بالحوالة نظرا لأنه قد تعلق له حق خاص بالحق المحال به . بوصفه لازال فى ذمة المحيل لم ينتقل منه إلى المحال له . فإذا حول الدائن حقه إلى شخصين على التوالى . كان كل منهما غيرا بالنسبة للحوالة الصادرة للآخر . كذلك اذا رهن الدائن حقه ضمانا لدين عليه . كان الدائن المرتهن من الغير بالنسبة للمحال له . ودائن المحيل الذى يحجز على الحق المحال به تحت يد المحال عليه

---

(١) راجع المادتين ٨،٧ من قانون المرافعات .

يعتبر أيضاً من الغير . والقاعدة التى أوجبها المشرع لنفاذ الحوالة فى مواجهة الغير . هى أن الحواله لاتنفذ فى حق الغير الا بقبول المحال عليه أو اعلانه . والاعلان يتم بورقة رسمية على يد محضر . فهو اذن يكون ثابت التاريخ ، أما قبول المدين فهو يتم بورقة عرفية . والقاعدة الواردة فى المادة ١٥ اثبات " أن المحور العرفى لايكون حجة على الغير فى تاريخها الا منذ أن يصبح لها تاريخ ثابت ويكون للمحور تاريخ ثابت : (أ) من يوم أن يقيد بالسجل المعد لذلك .

(ب) من يوم أن يثبت مضمونه فى ورقة آخرى ثابته التاريخ .

(جـ) من يوم أن يؤثر عليه موظف عام مختص .

فالحوالة اذن لاتنفذ فى مواجهة الغير الا اذا كان قبول المدين ثابت التاريخ . ولعل الحكمة من اشتراط ثبوت التاريخ هنا .هى منع تواطؤ المحيل والمحال عليه على تقديم تاريخ الحوالة اضرار بالغير .

٣ - اجراءات آخرى خاصة بحوالة بعض الحقوق :

هناك بعض الحقوق تستلزم اجراءات خاصة لجعل الحوالة نافذه فى حق الغير نذكرها فيما يلى :-

(أ) حوالة الأجرة فى العقارات مقدما لاتنفذ فى حق الغير اذا زادت على أجرة ثلاث سنوات الا اذا كانت هذه الحوالة مسجلة[1] .

---

(١) راجع المادة ١١ من قانون الشهر العقارى .

(ب) بالنسبة للأوراق التجارية : الكمبيالة - السند الاذنى - الشيك الاذنى تنفذ حوالها فى الغير عن طريق التظهر . وذلك بأن يضع صاحب السند توقيعة على ظهره . والسند لحامله تنفذ حوالته فى مواجهة الغير بالتسليم المادى . وكذلك الأوراق المالية الاسمية فان حوالتها لاتنفذ فى حق الغير الا اذا قيدت الحوالة فى سجل خاص يحتفظ به المدين [١] .

رابعا : آثار الحوالة :

يترتب على الحواله آثار عديده هى : انتقال الحق المحال من المحيل إلى المحال له . ويعبر عنه البعض بأنه الآثر الناقل للحوالة[٢] أو الأثر الجوهرى لها . وكذلك يترتب على الحوالة أيضاً التزام المحيل أن يسلم للمحال له سند الحق محل الحوالة . وأن يقوم بما هو ضرورى من وسائل الاثبات كما يلتزم المحيل بضمان الحق المحال اذا كانت الحوالة بعوض . وسوف تقتصر على ذكر الأثر الناقل وضمان المحيل فقط على النحو التالى :

١ - الأثر الناقل للحوالة " انتقال الحق المحال به " :

أن تحديد الأثر الناقل للحوالة يقتضى تحديد ماينتقل إلى المحال له ووقت الانتقال .

---

(١) راجع د/ البدرواى المرجع السابق ص٣٩٨ .

(٢) راجع د/ البدراوى ص٣٩٨ ، د/ اسماعيل غانم ص٣٦٢ - ٣٦٥ .

(أ) انتقال الحق المحال به بصفاته وتوابعه :

نصت على ذلك المادة ٣٠٩ مدنى ذلك الانتقال فقد نصت على أنه " تشمل حوالة الحق ضماناته كالكفالة والأمتياز والرهن . كما تعتبر شاملة لما حل من فوائد وأقساط " . غير أنه بالنظر الصحيح إلى النص سالف الذكر نجد أنه لم يشمل سوى الضمانات وما حل من فوائد وأقساط . ولكن هذا البيان سالف الذكر لم يرد على سبيل الحصر بل يعتبر من توابع الحق المحال به الدعاوى التى تحميه تؤكده . ومثل ذلك اذا كان الحق المحال به قد نشأ عن عقد ملزم للجانبين . كما لو حول البائع الثمن المستحق له . فإن دعوى الفسخ بسبب عدم التنفيذ تعتبر من توابع الحق . بل هى أيضاً من ضماناته .فتنتقل بانتقاله إلى المحال له . فيكون له اذا لم يقم المحال عليه (المشترى)بالوفاء عند حلول الأجل أن يطلب فسخ البيع . ويترتب على الفسخ فى هذه الحالة الزام المشترى برد المبيع للمحال له لا للمحيل . ولكن ماذا يقصد بانتقال الحق بصفاته وتوابعه ؟ يقصد بذلك أن ينتقل ذات الحق الذى كان للمحيل إلى المال له . فيكون للأخير أن يطلب المحال عليه عند حلول الأجل بمقدار الحق كله . ولو كان العرض الذى أداه للمحيل فى مقابل أقل من قيمته . وينتقل الحق إلى المحال له بنفس صفاته . كما لو كان حقا تجاريا أو ثابتا فى سند تنفيذى . كما أن كافة الحق تنتقل معه . فتكون الحوالة شاملة لما حل من فوائد الدين وأقساطه اذا لم يكن

المحيل قد . قبضها بعد . كما تشمل ماقد يكون ضمانا للحق من تأمينات شخصية أو عينية [١] غير أنه يجب التنبيه أنه اذا كان الحق المحال به مضمونا بتأمين عينى عقارى مما يجب قيده لكى يحتج به فى مواجهة الغير . فهنا يجب التأشير بالحوالة على هامش القيد الأصلى حتى يحتج بانتقال التأمين على الغير [٢] .

وأخيرا يترتب على انتقال الحق ذاته أن للمحال عليه التمسك قبل المحال له بكافة الدفوع التى كان له أن يتمسك بها قبل المحيل . كالبطلان أو الفسخ أو الانقضاء عدا الدفع بالمقاصة فى حالة قبولها دون تحفظ [٣] .

(ب) تحديد وقت انتقال الحق محل الحوالة :

لابد من تحديد هذا الوقت فيما بين المتعاقدين (المحال والمحال له) - والمدين - والغير .

١ - بالنسبة للمتعاقدين : " المحيل والمحال له " :

يتم انتقال الحق فور الاتفاق على الحوالة . فإذا قام المحال عليه بعد انعقاد الحوالة وقبل نفاذها قبله بالوفاء للمحيل تعين على هذا الأخير أن يسلم مادفع له إلى المحال له . كما يجب على المحيل بمجرد انعقاد الحوالة أن يمتنع عن كل ما من شأنه الاضرار بحقوق المحال له .

(١) راجع المادة ٣٠٧ مدنى .
(٢) راجع المادتين ١٠٥٣ مدنى و١٩ شهر عقارى .
(٣) راجع المادة ١/٣٦٨ مدنى .

فليس له أن يستوفى الحق من المدين . وليس له أن يرهن حق أو يحوله مرة ثانيـة . وأن فعل شيئاً من ذلك كان مشئولا قبل المحال له عما أصابه من ضرر ولو كانت الحوالة بغير عوض . ولو كان قد اشترط عدم الضمان [١] .

٢ – بالنسبة للمدين " المحال عليه " :

هنا يختلف الأمر فلا ينتقل الحق إلى المحال له الا من وقت نفاذالحوالة قبل المدين أى من وقت القبول أو الاعلان على النحو الذى سبق أن ذكرناه سلفا . أما قبل ذلك فالدائن فى نظر المدين هو المحيل وليس المحال له . ومن هنا اذا قام المدين بالوفاء للمحيل قبل نفاذ الحواله كان الوفاء صحيحاً مبرئا لذمته ولن يستطيع المحال له أن يطالبه بشئ بعد ذلك . وفى العكس اذا قام بالوفاء بعد قبول أو الاعلان لايكون هذا الوفاء مبرئا للذمة تجاه المحال له . ويجوز للأخير أن يستوفى حقه منه مرة أخرى . والحق ينتقل هنا بالحالة التى كان عليها فى ذلك الوقت . وعلى ذلك اذا نشأ دفع للمدين فى مواجهة المحيل فى الفترة مابين انعقاد الحوالة ونفاذها قبله كان له أن يتمسك بهذا الدفع فى مواجهة المحال [٢]ومثل ذلك أن يقبل المدين بعد انعقاد الحواله وقبل اعلانه بها قبل المحيل فيترتب على ذلك أن ينشأ له دفع جديد

---

(١) راجع المادة ٣١١ مدنى .
(٢) راجع المادة ٣١٢ مدنى .

يستطيع أن يدفع به مطالبة المحيل . هو الدفع بالمقاصة بين ما عليه من دين وماله من حق . فإذا أعلن بالحوالة بعد ذلك . كان له أن يتمسك فى مواجهة المحال له بالمقاصة التى كانت له أن يتمسك بها قبل المحيل .

وخلاصة القول أنه فى الفترة مابين انعقاد الحوالة ونفاذها يظل المحيل هو الدائن فى نظر المدين تلك هى القاعدة . غير أن هناك قيودا ترد على هذه القاعدة [1] هى :

١ - أجاز المشرع للمحال له هذه الفترة طبقا للمادة ٢٠٦ مدنى اتخاذ الأجراءات التحفظية قبل المدين . كأن يجدد قيد رهن ضمانا للحق المحال به . أو يتخذ اجراءات حجزها للمدين لدى الغير . وذلك على خلاف القاعدة اذ أن هذه الإجراءات كانت تخص المحيل وحده فقط.

٢ - قد يعلم المدين بانعقاد الحوالة فعلا رغم أنه لم يقبلها أو يعلن بها . ثم يتواطا مع المحيل على أن يقوم بالوفاء له بالحق اضرارا بالمحال له . فهنا لايكون الوفاء للمحيل صحيحا رغم حصوله قبل اجراءات نفاذ الحوالة . لأن هذا الوفاء ينطوى على غش فالوفاء فاسد[2] لأن القاعدة أن الغش يفسد كل شئ أما مجرد العلم الفعلى دون تواطؤ فلا يكفى لافساد الوفاء طالما أن الحوالة لم تعلن ولم تقبل .

(١) راجع د/ اسماعيل غانم ص٣٦٤ .
(٢) راجع د/ عبد الحى حجازى ١٩٥٤ جـ ٣ ص٢٥٢ وسليمان مرقص ص٤٩٦ عكس ذلك د/ شفيق شحاته رسالته ١٩٥٤ ص ٣٣ ، ٣٦ .

٣ - بالنسبة للغير :

لاينتقل الحق إلى المحال له الا من وقت نفاذ الحوالة قبل الغير أى من وقت اعلان المدين بالحوالة أو من وقت أن يصبح قبولة للحولة ثابت التاريخ . والغير قد يكون محال له آخر أو دائنا للمحيل ارتهن الحق المحال عليه . وعلى ذلك اذا حول الدائن حقه إلى عدة أشخاص على التعاقب . تنازع كل منهم الأخر فى الحق المحال به . فضل منهم من أصبحت حوالته قبل غيره نافذه فى حق الغير . ولو كان انعقادها متأخرا [١]. على أن تطبيق هذه القاعدة مشروط بشرط أساسى هو الا تكون الحوالة الثانية قد انعقدت بقصد الاضرار بالمحال الأول . فإذا كان المحال له الثانى يعلم بالحوالة الأولى فتواطأ مع المحيل لضياع الحق على المحال له الأول وجب تفضيل الحوالة الأولى ولو كان اعلانها للمدين لاحقا لقبوله الحوالة الثانية أو اعلانه بها . ذلك أن الحوالة الثانية فى هذه الحالة تنطوى على الغش كما هو معلوم يفسد كل مايقوم عليه . واذا كان التنازع بين محال له ودائن مرتهن . كانت الزفضلية على أساس الأسبقية فى النفاذ . فإذا كانت الحوالج قد أصبحت نافذه قبل الرهن أنتقل الحق إلى المحال له خاليا من الرهن والعكس بالعكس.

واذا وقع التنازع بين محال له ودائن حاجز . فإن كان الحجز قد وقع بعد أن أصبحت الجوالة نافذه فلا أثر له اذ يكون قد ورد على حق

---

(١) راجع نص المادة ٣١٣ مدنى .

سبق انتقاله من المحيل إلى المحال له . أما اذا كان قد وقع قبل أن تصبح حواله نافذه قبل الغير فإنه يقع صحيحا . اذ أنه بالنسبة للحاجز لازال الحق المحجوز عليه ثابتا للمحيل لم ينتقل منه إلى المحال له . فإذا اتخذ المحال بعد ذلك الاجراءات اللازمة لنفاذ الحوالة فأعلن بها المحال أو حصل على قبوله . فلن يترتب على ذلك أن ينتقل اليه الحق المحال به[1] اذ قد تعلق به حق الدائن الحاجز . وانما تعتبر الحوالة فى هذه الحالة بالنسبة للدائن الحاجز بمثابة حجزا آخر . والقاعدة أنه عند تعدد الحجوز على مال واحد أن الافضلية لحاجز متقدم على حاجز متأخر . ينقسم الحق المحال به قسمة غرماء بين الحاجز والمحال له . هذا وقد حسم المشرع المصرى فى المادة ٢/٣١٤ مدنى الحوالة التى قد تقع بين حجزين أولهما سابق على نفاذ الحوالة وثانيهما تالى لنفاذها بأن " الدين يقسم بين الحاجز المتقدم للمحال له والحاجز المتأخر قسمة غرماء. على أن يؤخذ من حصة الحاجز المتأخر مايستكمل به المحال له قيمة الحوالة " . ومما هو جدير بالذكر أن الأساس الذى إختاره المشرع فى هذا الحل له اعتبارين : فقد أراد المشرع أن يجعل الحاجر المتأخر يزاحم الحاجز المتقدم . اذ لامحل لتفضيل أحدهما على الآخر . وأراد فى ذات الوقت الا يضار المحال له بالحجز المتأخر لأن الحوالة المتقدمة تجبه [2].

---

(١) راجع نص المادة ١/٣١٤ مدنى .

(٢) راجع د/ اسماعيل غانم ص ٣٦٦.

٢ - التزام المحيل بالضامن

تناول المشرع الضمان فى الحوالة فى صلب المادة ٣٠٨ مدنى التي جاء نصها " اذا كانت الحوالة بعوض فلا يضمن المحيل الا وجود الحق المحال به وقت الحوالة مالم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك . أما اذا كانت الحوالة بغير عوض فلا يكون المحيل ضامنا حتى لوجود الحق " . يتضح من هذا النص سالف الذكر أن القاعدة هى أن المحيل لايلتزم بالمضان الا اذا كانت الحوالة بعوض أما اذا كانت الحوالة مجانية أى تبرعيه فلا ضمان على المحيل لأن المتبرع غير ضامن [1]. ولايكون للمحال له الرجوع على المحيل سواد تعذر عليه استيفاء الحق بسبب اعسار المدين المحال عليه أو كان الحق ذاته غير موجود أو غير صحيح . وذلك مالم يكن المحيل قد تعمد اخفاء سبب الاستحقاق [2]، وجملة القول اذن أن الضمان يكون فى الحوالة بعوض فقط غير أنه يجب أن نفرق بين الضمان القانوني فى الحوالة بعوض والضمان الاتفاقى على النحوالتالى :

أ - الضمان القانونى :

نصت على هذا الضمان المادة ١/٣٠٨ مدني كما سبق القول . ويقصد بالضمان القانوني . الضمان الذى ينظمه القانون عندما يخلو عقد

---

(١) راجع د/ البدراوى المرجع السابق ص ٣٠٤.

(٢) راجع نص المادة ٣٠٩ /٢ مدنى .

الحوالة من اتفاق ينظم أحكام الضمان . فاذا لم يتفق المحيل والمحال له على شئ فى هذا الخصوص لم يكن المحيل الا ضامنا لوجود الحق وصحته عند الحوالة [١]، فهو يضمن الحق الذى يكون موجودا وقت الحوالة . ولم ينقضى بأى سبب من أسباب الانقضاء . وهو بالتالى يضمن قبل ذلك أن الحق المحال نشأ صحيحا . فان كان الحق صحيحا وموجودا وقت الحوالة لم يكن المحيل مسئولا بعد ذلك عن ما قد يطرأ من أسباب السقوط التي لاترجع اليه . كسقوط الدين بالتقادم بعد الحوالة . عند هذا يقف الضمان للمحيل . وهو لايضمن يسار المدين . ويمتد الضمان الى التوابع . كالتأمينات الضامنة للحق المحال سواء كانت عينية أم شخصية [٢]. ويدخل فى هذا الضمان وفقا للقواعد العامة أفعال المحيل الشخصية فهو يسأل اذا أحال الدين مرة أخرى أو استوفاة قبل أن تصبح الحوالة نافذة فى حق المدين . وذلك حتي لو كانت الحوالة بغير عوض أو شرط عدم الضمان .

ب - الضمان الاتفاقى :

من المعلوم حقا أن أحكام الضمان القانونى لا تتعلق بالنظام العام فيجوز الاتفاق على تعديلها . ويغلب الا يكتفى المحال له بضمان وجود الحق المال به . فيشترط أيضا يسار المحال عليه [٣]، ولما كان

---

(١) راجع د/ البدراوى ، المرجع السابق ص ٣٠٤.

(٢) راجع نص المادة ٢/٣٠٩ مدنى .

(٣) راجع نص المادة ٢/٣٠٩ مدنى .

هذا الاشتراط يحمل المحيل عبئا جديدا . فيجب عدم التوسع فى تفسيره . وعلى ذلك فان لم يحدد الوقت الذى ضمن فيه المحيل يسار المحال عليه . فلا ينصرف الضمان الا الى اليسار وقت الحوالة . واشتراط ضمان يسار المدين يؤدى الى الزام المحيل بقيمة عوض الحوالة مع الفوائد والمصاريف لا بقيمة الحق المحال والمشرع المصري لايجيز الاتفاق على أن يؤدى المحيل أكثر من ذلك كقيمة الحق المحال مثل أن كانت أكثر فلا يجوز فيه أن يطالب المحال له الا بما دفعه مع الفوائد والمصاريف [1]. واذا كان الاتفاق جائزا على هذا النحو بالتشديد . فإنه يجوز الاتفاق على التخفيف أو الالغاء من هذا الضمان . فيجوز الاتفاق على أن المحيل لايضمن وجود الحق ولا صحته فضلا عن ضمانة يسر المدين . ولكن يستثنى من ذلك مسئولية المحيل عن أفعاله الشخصية وتنص المادة ٣١١ مدنى على أنه " يكون المحيل مسئولا عن أفعاله الشخصية ولو كانت الحوالة بغير عوض أو لو اشترط عدم الضمان.

رجوع المحال له بالضمان على المحيل :

اذا رجع المحال له بالضمان على المحيل . سواء كان بناء على أحكام الضمان القانونى أو بناء على الاتفاق المعدل لهذه الأحكام بالتشديد أو التخفيف . فان أقصى ما يلزم به المحيل طبقا للمادة ٣١٠ مدنى هو ردما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات . فلا يلزم بدفع

(١) راجع نص المادة ٣١٠ مدنى .

قيمة الحق المحال به أن كانت أكثر من ذلك . والحكمة من ذلك قطع السبيل أمام المرابين [١]، اذ لو كان المحال له أن يرجع على المحيل بقيمة الحق المحال به ولو كانت أقل مما دفع لسهل على المرابين الاقراض بالرابا . اذ يكفى أن يتفق المرابى مع من يريد اقراضه على أن يحول المقترض الى المرابى حقا متنازعا عليه بثمن أقل من قيمته الفعلية . فاذا حكم بعدم ثبوت الحق . رجع المرابى بالضمان مطالبا بالقيمة الفعلية . فيكون الفرق فى الحقيقة ليس الا فوائد ربوية . ويتضح من هذا النص أنه متعلق بالنظام العام [٢]بحيث لايجوز الاتفاق على الزام المحيل أكثر من ذلك . وأن جاز الاتفاق على الأقل .

---

(١) راجع د/ ساماعيل غانم المرجع السابق ص ٣٦٩.

٢) راجع د/ البدراوي المرجع لاسابق ص ٣٠٥ هامش واحد .

الفصل الثانى

حوالة الدين

l'cession de dette

تمهيد :

لم تقبل جميع التشريعات تنظيم حوالة الدين فلم ينظمها المشرع الفرنسى والتقنين المدنى القديم . كما نظم حوالة الحق . وكان ذلك تمشيا مع النزعة الشخصية للالتزام [١]. وعلى العكس من ذلك أجازت التشريعات ذات النزعة المادية مثل القانون الألماني والسويسرى والشريعة الإسلامية حوالة الدين . وقد تقصى المشرع المصرى أثر هذه التشريعات فجاء التقنين المدنى الجديد وعالج حوالة الدين فى المواد من ٣١٥ حتى ٣٢٢ مدنى [٢]، ولكى نقف على حقيقة هذه المعالجة لابد لنا من ايضاح الأحكام التفصيلية لحوالة المدين من حيث ماهيتها وطرق انعقادها . وآثارها وذلك على النحو الآتى :

١ - ماهية حوالة الدين وكيفية انعقادها

يقصد بحوالة الدين انتقال دين المدين الى مدين آخر وهذا مايعبر عنه بالانتقال السلبى للالتزام . فيحل المدين الجديد محل المدين

(١) راجع د/ البدراوى ، المرجع السابق ص ٣٠٦.

(٢) راجع د/ محمد صادق فهمى حوالة الدين فى التشريعات الأوربية والشريعة الإسلامية مقال بمجلة مصر المعاصرة ١٩٤٢ ص ٦٦ ، د/ عبدالودود يحى رسالة حوالة الدين فى الشريعة الإسلامية والقانون المدنى المصرى ، جامعة القاهرة ١٩٥٧ ص ١٨ ، ٢٠.

الأصلى فى تحمل الدين نفسه بجميع مقوماته . أي يكون هناك علاقة ثلاثية الأطراف المدين الأصلى - المحال عليه (المدين الجديد) - الدائن ، وحوالة الدين عقد[1] فهى اتفاق لابد فيه من توافر التراضى خاليا من العيوب . والمحل مستوفيا لشروطه القانونية . والسبب هو الباعث الدافع عليها . وتتم الحوالة باحدى طريقتين : اما باتفاق المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين . واما باتفاق بين الدائن وشخص آخر يتحمل الدين عن المدين . وقد أوضح ذلك نص المادة ٣١٥ مدنى التي نصت عليه أنه " تتم حوالة الدين باتفاق المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين " . وكذلك المادة ١/٣٢١ مدنى " يجوز أيضا أن يتم حوالة الدين باتفاق الدائن والمحال عليه يتقرر فيه أن هذا يحل محل المدين الأصلى فى التزامه " . وهذا ما سنتعرض له تفصيلا كما يلى :

٢ - انعقاد الحوالة باتفاق المدين الأصلى والمحال عليه :

نصت على انعقاد الحوالة المادة ٣١٥ مدنى التى نصت على أنه " تتم حوالة الدين باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين " . يتضح من هذا أنه بمجرد الاتفاق بين المدين والغير على أنه يتحمل الأخير دينه فى مواجهة الدائن [2]. وفى واقع الأمر لا يتصور تمام الحوالة أو نفاذها فى هذه الصورة الا بتدخل الدائن . وذلك أن تغيير المدين أمر خطير . فشخصية المدين ذات اعتبار كبير فى الالتزام .

---

(١) راجع د/ البدراوي ص ٣٠٧ ، ود. محمد على عمران ، ص ٢١٣.

(٢) راجع نقض مدنى ١٩٧٦/٥/٣١ السنة ٢٧ ص ١٢٤٠.

فلابد اذن من تدخل الدائن . على أن المشرع قد يشترط تدخل الدائن بأحد قصدين : الأول قد يشترط المشرع تدخل الدائن بقصد ترتيب الحوالة أثرها ليس فقط فى حق الدائن . بل حتى بين طرفيها . بحيث اذ لم يقرها بطل الاتفاق واعتبر كأن لم يكن حتى فيما بين طرقيه . وفى هذه الحالة تكون الحوالة موقوفة على اقرار الدائن اذا أقرها نفذت وان لم يقرها بطلبت . وثانيهما : قد يشترط المشرع اقرار الدائن بالحوالة بقصد نفاذها فى حقه فقط . فاذا هو لم يقرها لم تنفذ فى حقه . ولكن بقيت نافذة بين المتعاقدين . وهنا تقوم الحوالة ولكن لم تنتج آثارها فى حق الدائن الا بقراره . وتخضع الحوالة كغيرها من العقود للقواعد العامة فى نظرية العقد ولكن هناك محلا للستاؤل عن سبب الحوالة . ما الذى يدعو المحال عليه الى أن يقبل تحمل دين المدين ؟ ولايخلو الأمر فى الاجابة على هذا التساؤل من ثلاثة فروض هى : أنه قد يكون القصد من تحمل دين المدين هو التبرع له بهذا المبلغ وقد يكون القصد من تحمله اقراضه أياه . وقد يكون القصد أيضا هو الوفاء بدين قد ترتب فى ذمته من قبل [١].

٣ - نفاذ الحوالة " *اقرار الدائن شرط لنفاذها* :

سبق أن أوضحنا أن حوالة الدين عقد يتم بين المدين الأصلى وشخص آخر يتحمل عنه الدين . ولكن هذا العقد يؤثر فى مصالح الدائن

---

(١) راجع د/ اسماعيل غانم المرجع السابق ص ٣٧٢.

. اذ هو يهدف الى احلال المحال عليه محل المدين الأصلي . والمدينون يتفاوتون فى يسارهم . وأثر هذا لتفسير فقهاء الشريعة الإسلامية فى حسن القضاء والمطل . ولذلك وضع المشرع قاعدة أساسية فى المادة ٣١٦ مدنى لنفاذ الحوالة وهى اقرار الدائن . فلا يكفى لنفاذ الحوالة كما هو الحال فى حوالة الحق اعلان الدائن بها . فالدائن لايجبر على تغيير مدينه . بل له الخيار بين الاقرار أو الرفض ولايعتبر اقرار الدائن قبولا ينعقد به عقد جديد . بل ان اقراره يرد على عقد تم تكوينه باتفاق طرفيه [١]. ولذلك يكون للاقرار أثرا رجعيا يستند الى وقت انعقاد الحوالة . وليس للاقرار شكل معين[٢] فقد يكون الاقرار صحيحا أو ضمنيا . ومن صور الاقرار الضمنى أن يقبل الدائن من المحال عليه مع علمه بالحوالة ودون تحفظ . الوفاء ببعض الدين أو الفوائد المستحقة عنه . أو أن يطالب الدائن المحال عليه بأداء الدين أو بمنحه أجلا للوفاء به . ولايوجد فى التشريع المصرى مايوجب لصحة الاقرار من الدائن بالحوالة أن يكون قد سبق إعلانه بها [٣]. وليس للاقرار وقت محدد يتم فيه . فللدائن أن يقرر الحوالة فى أى وقت بعد انعقادها طالما أن طرفيها لم يعدلا عنها قبل الاقرار وبشرط الا يكون الدائن قد سبق له رفض الجوالة . فلا يجوز له العودة الى اقرارها بعد الرفض. وفيما عدا

(١) راجع د/ البدراوى المرجع السابق ص ٣٠٨.

(٢) راجع د/ البدراوي المرجع السابق ص ٣٠٩.

(٣) راجع السنهورى الوسيط ج ٢ ص ٨٨٢ عكس ذلك عبدالودود يحى رسالته ١٩٥٧ ، ص ١١٢ فى القانون الألماني .

هذين القيدين . يكون للدائن أن يقر الحوالة مهما طال الزمن على انعقادها . على أن المشرع تعرض فى المادة ٢/٣١٦ مدني لحالة ما اذا رأى أحد طرفى الحوالة أن مصلحته تقتضى أن يحدد الدائن موقفه من الحوالة فوجب اعلان الدائن بها . ولم يشترط المشرع أن يكون الاعلان رسميا . وأن يحدد له أجلا معقولا للافصاح عما ينتويه . وتقدير ما اذا كان الأجل معقولا أم لا من سلطة القاضى التقديرية حسب الأحوال - فاذا انقضى الأجل المحدد فى الاعلان وظل الدائن فى حالة سكوت . يعتبر هذا السكوت رفضا للحوالة . الا أن المشرع تناول حوالة خاصة فى المادة ٣٢٢ مدنى اعتبر فيها السكوت اقرارا وهى حالة الدين المضمون برهن رسمى الى مشترى العقار المرهون ولقد نصت المادة ٢/٣٢٢ مدنى " متى أعلنت رسميا بالحوالة أن يقرها أو يرفضها فى ميعاد لايجوز ستة أشهر فاذا انقضى الميعاد دون أن يبت برأى اعتبر سكوته اقراره " . وبذلك تتميز حالة حوالة الدين المضمون برهن رسمى الى مشترى العقار المرهون عن غيرها من صور الحوالة التي تطبق عليها المادة ٢/٣١٦ مدني فى عدة نواحى : فالمشرع لم يترك تحديد الأجل الذى يجب على الدائن أن يفصح فيه عن موافقة من الحوالة الى تقديرها بالاعلان تحت رقابة القضاء . بل حدد المشرع هذا الأجل بمدة محددة - هى ستة أشهر وجعل سكوت الدائن بعد انقضاء هذه المدة اقرارا للحوالة لا رفض لها . غير أنه يشترط أن يكون الاعلان فيها بصفة رسمية . وان يتم الاعلان بعد تسجيل البيع ومما هو جدير بالاشارة اليه فى هذا المقام

أن المشرع أراد باعتبار السكوت هنا اقرارا بالحوالة أن ييسر للمدين سبيل التخلص من الدين بعد أن انتقلت ملكية العقار المرهون ضمانا لهذا الدين . فتجتمع المسئولية الشخصية والعينية فى شخص المشترى بعد أن انتقلت ملكية العقار اليه . على أن المشرع لايهدد مصلحة الدائن . فالدين لاينتقل من المدين الأصلى الى المشتري رغما عنه فله اذا شــاء أن يمنع هذا الانتقال . ويبقى مدينه الأصلى مسئولا شخصيا عن الدين بأن يرفض الحوالة ، ولكنه اذا سكت بعد اعلانه بالحوالة الى أن انقضى ميعاد الستة أشهر . كان هذا السكوت اقرارا للحوالة وليس رفضا لها[1].

٤ - انعقاد الحوالة باتفاق الدائن والمحال عليه :

قد تنعقد حوالة الدين بعيدا عن المدين . وذلك باتفاق بين الدائن والمحال عليه مباشرة . ولايشترط فى هذه الحالة رضاء المدين . فالحوالة تنعقد صحيحة سواء قبلها المدين أو مانع فيها . ذلك أن القاعدة : أن الوفاء يجوز من غير المدين ولو كان ذلك دون علم المدين أو رغم ارادته . فكذلك يجوز أن يتحمل الغير دين المدين فتبرأ ذمته منه بغير حاجة الى رضاه ويترتب على الحوالة فى هذه الحالة بالاضافة

---

(١) راجع د/ عبدالحى حجازى ص ٢٨٨ ١٩٥٤ - - د/ سليمان مرقص فقرة ٣١٧ ص ٤٢٥ - السنهورى الوسيط ص ٣١٩ هامش ٢ مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٣ ص ١٦٣ . وهذا هو السائد فى القانون الألماني د/ عبدالودود يحى ص ٢٩١ - ٢٩٢.

الى براءة ذمة المدين الأصلى أن ينتقل الدين ذاته الى المحال عليه بصفاته وضماناته ودفوعه . أما فى علاقة المدين الأصلى بالمحال عليه . فانه بمجرد انعقاد الحوالة بين المحال عليه والدائن يعتبر أن المحال عليه قد أدى الى المدين الأصلى مايعادل قيمة الدين المحال به . فان لم تكن نيته قد انصرفت الى التبرع بهذه القيمة للمدين الأصلى . كان له الرجوع عليه بها .

٥ - آثار الحوالة

لبيان تلك الآثار يجب أن نفرق بين علاقات ثلاثة هى : ١ - علاقة المدين الأصلى والمحال عليه . ٢ - علاقة الدائن والمحال عليه . ٣ - علاقة الدائن والمدين الأصلى .

١ - آثار الحوالة فى علاقة المدين الأصلى والمحال عليه :

لما كان المدين الأصلى والمحال عليه هما طرفا العقد فى حوالة الدين فلهما تحديدا ما يترائى لهما واذا سكتا عن تنظيم آثار هذا العقد . فيجب تطبيق القواعد الآتية باعتبارها قواعد مكملة لاراتهما وعلى أساس هذه القواعد تختلف آثار الحوالة بين طرفيها حسب موقف الدائن قبل اقرارها للحوالة أو الرفض أو بعد اقراره لها .

أ - قبل اقرار الدائن للحوالة وعند الرفض :

طالما أن الدائن لم يقر الحوالة أو كان قد رفضها فانها لاتكون

نافذة فى حقه ، فيكون له أن يطالب المدين الأصلى بالوفاء بالدين . ولكننا الآن بصدد آثار الحوالة بين طرفيها المحيل والمدين الأصلى والمحال عليه والمقروض أن الحوالة بالنسبة اليهما قد انعقدت نافذة بمجرد الاتفاق عليها وهى لذلك تنشئ التزاما فى ذمة المحال عليه قبل المحيل . وقد عبرت المادة ١/٣١٧ مدنى عن ذلك بنصها " ان المحال عليه يكون ملزما قبل المدين الأصلى بالوفاء للدائن فى الوقت المناسب " والمقصود بذلك أن على المحال عليه التزاما بأن يدرأ عن المدين الأصلى مطالبة الدائن له . ولكن ليس هناك مايمنع من الاتفاق على الزام المحال عليه بأن يعمل على ابراء ذمة المدين قبل دائنه بالوفاء له فور الوقت . وقد جاءت الفقرة الثانية من ذات النص بأنه " لايجوز للمدين الأصلى أن يطالب المحال عليه بالوفاء للدائن مادام هو لم يقم بما التزم به نحو المحال عليه بمقتضى عقد الحوالة " . فقد يكون المحال عليه قد اشترط على المدين الأصلى مقابلا لتحمله بالدين عنه . فاذا كان المدين لم يؤد هذا المقابل كان للمحال عليه . اذا طالبه المدين بتنفيذ التزامه بالوفاء للدائن . أن يدفع بعدم التنفيذ طبقا للقواعد العامة فى العقود الملزمة للجانبين .

ب - بعد اقرار الدائن للحوالة :

يترتب على الاقرار أن تبرأ ذمة المدين الأصلى . ويصبح الدائن . دائنا للمحال عليه . ولذلك أثره فى العلاقة بين المدين الأصلى والمحال

عليه اذا مادام أن دين المحيل (المدين الأصلى) ينتقل بالاقرار الى المحال عليه فان ذلك الأخير يعتبر أنه قد أدى للمحيل مايعدل قيمة الدين الذى تحمله عنه .

٢ - آثار الحوالة فيما بين الدائن والمحال عليه

قبل اقرار الدائن للحوالة ليس له أى حق قبل المحال عليه . فيكون لطرفى الحوالة العدول عنها . أما بعد الاقرار فلا يجوز التعديل فيها أو العدول عنها . بل يكون للدائن أن يتمسك بالحوالة كما هى . ولما كان الاقرار ليس الا تعبيرا عن الارادة . وهو موجه الى المدين الأصلى والمحال عليه فانه يجب تطبيق القاعدة العامة فى هذا الصدد . فبعد اقرار الدائن للحوالة ينتقل ذات الدين من المدين الأصلى الى المحال عليه . فيصبح المحال عليه مدينا بذات الدين الذى كان المدين الأصلى ملتزما به . فحوالة الدين اذن لاتنشئ دينا جديدا على عاتق المحال عليه . ومن ثم تترتب النتائج الآتية على ذلك :

أ - اذا كان دين المدين الأصلى متصفا بصفة معينة فان دين المحال عليه قبل الدائن يكون بذات الصفة . فاذا كان معلقا على شرط أو مضافا الى أجل أو دينا تجاريا أو منتجا لفائدة حتى ولو كان المحال عليه جاهلا به يلتزم بأدائها (١).

ب - تبقى للدين المحال به ضماناته وذلك بغير حاجة الى اتفاق

(١) راجع د/ اسماعيل غانم ، المرجع السابق ص ٣٧٨.

خاص . وتسرى هذه القاعدة على التأمينات العينية التي تقررت من جهة المدين الأصلى سواء فى ذلك أن يكون هذا التأمين العينى رهنا رتبه المدين الأصلى علي عين من أعيانه للدائن أو حق اختصاص حصل عليه الدائن على عقار للمدين أو حق امتياز خاص يفرضه القانون على عين من أعيان المدين [١]. أما اذا كان الدين مضمونا بكفالة شخصية أو عينية . فان الكفيل لايضمن المحال عليه الا اذا رضى بالحوالة . ذلك أن الكفالة عقد يقوم على ثقة الكفيل فى المدين الذى يضمنه .

ج - يترتب على انتقال الدين ذاته الى المحال عليه . أن يكون للمحال عليه أن يتمسك بجميع الدفوع التي كان للمدين الأصلى أن يتمسك بها . مادامت دفوعا متعلقة بذات الدين وليست خاصة بشخص المدين الأصلى . وبالإضافة الى هذه الدفوع . يستطيع المحال عليه أن يتمسك الدائن بالدفوع المستمك من عقد الحوالة [٢]. ذلك أن التزامه قبل الدائن قد نشأ عن ذلك العقد فاذا كانت الحوالة باطلة أو قابلة للابطال كان للمحال عليه أن يتمسك بذلك اذا طالبه الدائن بالوفاء.

آثار الحوالة فيما بين الدائن والمدين الأصلى :

مادام الدائن لم يقر الحوالة . فلن يترتب عليها أى تغيير فى

---

(١) الامتياز العام وصف فى الدين الممتاز . فينتقل الى المحال عليه " د/ السنهورى الوسيط ح٣ ص ٣٣٣ وكذلك بحث دكتور / محمد صادق فهمى مجلة مصر المعاصرة عام ١٩٣١ ص ٦٥ - ٦٦ السابق الإشارة إليه .

(٢) قارن د/ السنهورى المرجع السابق ص ٦١٠٠ هامش ٢ .

علاقته بالمدين الأصلى . فيجوز للدائن أن ياطلب المدين بأداء الدين رغم الحوالة . أما اذا أقر الحوالة . فإن المدين الأصلى تبرأ ذمته من الدين . اذ يصبح المحال عليه مدينا به .

ولكن الغالب أن الدائن ماكان ليرتضى اقرار الحوالة وبالتالى ابراء ذمة المدين الأصلى لو علم أن المحال عليه معسرا . ولذلك نصت المادة ٣١٩ مدنى أن المدين الأصلى أن يكون المحال عليه موسرا وقت اقرار الدائن للحوالة " وتجيز المادة المذكورة الاتفاق على غير ذلك . فيجوز أن يكون الاقرار مصحوبا بابراء ذمة المدين الأصلى ابراء نهائيا رغم اعسار المحال عليه وقت الاقرار . واذا ثبت أن الدائن كان يعلم باعسار المحال عليه . وأقر بالحوالة رغم ذلك . كان الاقرار متضمنا ابراء ذمة المدين الأصلى ابراء نهائيا . ولو لم يعبر الدائن عن ارادته فى هذا الصدد تعبيرا صريحا (١).

---

(١) قارن د/ السنهورى المرجع السابق ص ٦١٠٠ هامش ٢ .

الباب الرابع

انقضاء الالتزام

تمهيد

دائما لايبقى الالتزام أو الحق الشخصي بصفة دائمة . فمصيره مؤقت ينتهي اما بالوفاء به أو بغير الوفاء . والا كان قيدا علي حرية المدين الشخصية [1]. ولذلك تناول المشرع المصرى انقضاء الالتزام فى المواد من ٣٢٣ حتى ٣٨٨ مدني ووضع المشرع ثلاثة طرق لهذا الانقضاء . الطريق الأول هو الوفاء بالالتزام وذلك هو الطريق الطبيعى للانقضاء . والطريق الثاني هو انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء وهذا يكون فى حالة : التجديد - المقاصة - الوفاء بمقابل - اتحاد الذمة . أو انقضاء الالتزام دون الوفاء وهذا يكون فى حالة : الابراء - استحالة - التنفيذ - التقادم المسقط - ومن ثم تأتى دراستنا حسب خطة الشرع مقسمة الى فصول ثلاثة على النحو التالى :

---

(١) راجع د/ البدراوي المرجع السابق ص ٣١٨.

الفصل الأول

انقضاء الالتزام بالوفاء

تمهيد

الوفاء هو تصرف قانوني . وهو الطريق الطبيعى لانقضاء الالتزام لأنه تنفيذا لما التزم به المدين تنفيذا عينيا . وغالبا ما يكون الوفاء من المدين فيترتب عليه انقضاء الالتزام وهذا هو الوفاء البسيط . ولكن قد يكون الوفاء من جانب شخص آخر غير المدين . فيحل محل الدائن فى رجوعه على المدين بالالتزام وهذا مايسمى بالوفاء مع الحلول ، ومن هنا لابد من الحديث تفصيلا عن الوفاء البسيط والوفاء مع الحلول كل فى مبحث مستقل .

المبحث الأول

الوفاء البسيط

تمهيد

يقصد بالوفاء البسيط الوفاء من جانب المدين فى الالتزام . حتي ينقضى بطريق طبيعى . وقد وضع المشرع أحكام تفصيلية لهذا الوفاء من حيث طرفا هذا الوفاء ومحله . وظروفه من بحث زمان ومكان الوفاء وسوف نتولى عرض ذلك تباعا فيما يلى :

أ- طرفا الوفاء

١ - الموفى

يتضح من نص المادة ١/٣٢٣ مدنى " يصح الوفاء من المدين أو من نائبه أو من أى شخص آخر له مصلحة فى الوفاء ... الخ النص " .

يبين مما سبق أن الوفاء قد يصدر من المدين أو من شخص من الغير . والأصل أن يقوم المدين بالوفاء لأنه هو الملتزم . وقد ينوب عنه المدين نائبه كوكيل أو وصى أو قيم . ولكن يصح كذلك أن يقوم بالوفاء شخص من الغير . وقد تكون لهذا الشخص مصلحة فى الوفاء بدين المدين كما لو كان كفيلا عنه . أو كان قد اشترى من المدين عقارا مرهونا ضمانا لذلك الدين . وهذا هو حائز العقار المرهون . فأراد بالوفاء للدائن المرتهن أن يخلص عقاره من الرهن . وقد لاتكون للغير مصلحة

فى الوفاء بالدين . ومع ذلك يوفى به . أما لأنه يريد التبرع للمدين . بقيمة الدين الذى وفاه عنه . وأما أن يكون فضوليا رأى المدين مهددا باجراء التنفيذ القهرى على أمواله . فأراد أن يؤدى له له خدمة مؤقته بأن يوفى لدائن دينه على أن يرجع علي المدين بعد ذلك بمقدار ما أوفى . فالقاعدة اذن أن الدائن ملزم بقبول الوفاء من الغير الا فى حالتين نصت عليهما المادة ٣٢٣ مدنى .

١ - أنه حيث تكون للدائن مصلحة فى أن يصدر الوفاء من المدين نفسه يكون له الحق فى أن يرفض الوفاء من أجنبى . فاذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين . ومن ذلك أن يكون محل الالتزام عملا متصلا بشخص المدين . كتعهد رسام برسم صورة أو جراح مشهور باجراء عملية جراحية .

٢ - اذا تقدم الغير للوفاء بدين المدين وليس له مصلحة فى هذا الوفاء . فاعترض المدين على ذلك وأبلغ هذا الاعتراض . فى هذه الحالة يكون للدائن الخيار بين قبول الوفاء من الغير أو رفضه . وأخيرا فان للموفى عن الغير أن يرجع علي المدين بما أوفى مالم يكن متبرعا ورجوعه يكون اما بدعوى الفضالة اذا تم الوفاء بغير علم المدين . أو بدعوى الوكالة اذا أقر المدين الوفاء بعد حصوله . فاذا تم الوفاء رغم اعتراض المدين كان رجوع الموفى على أساس الاثراء بلا سبب . واذا

وفى الغيـر الدين بدون أمـر المـدين . وسـواء رجع بدعـوى الفـضـالة أو بدعـوى الاثــراء بلا سبب . فـانه لايستطيع الرجـوع الا اذا كـان الوفـاء نافعا للمدين . فاذا كان المدين قد سبق وأوفى بالدين كله أو جزء منه . فلا يرجع الموفى عليه بشئ . أو يرجع فقط بالباقي منه بعد استنزال ما وفى به المدين . وكذلك لو أن المدين كان يملك دفعا ضد رجوع الدائن. كالدفع بانقضاء الدين بالمقاصة أو الابراء أو التقادم . فان الغير الموفى لايستطيع الرجوع بشئ على المدين . وكذلك حيث يكون للمدين الدفع بالبطلان لانعـدام الارادة فى المـحل أو السـبب أو لتـخلف الشكل أو التمسك بالبطلان لنقص فى الأهلية أو عيب فى الارادة . ولقد جاء ذلك تفصـيلا فى المـادة ٣٢٤ مـدنى . وعلى أى الأحـوال يكون للمـوفى فى بعض الأحوال أن يرجع على المدين فضلا عن رجوعه بالدعوي الشخصية القائمة على أساس الفضالة أو الوكالة أو الاثراء بلا سبب بدعوي الحلول . فيحل محل الدائن فى حقوقه فى الرجوع على المدين .

شروط صحة الوفاء للموفى

نصت المادة ٣٢٥ مدنى على أنه " يشترط لصحة الوفاء أن يكون المـوفى مـالكا للشئ الذى وفى به . وان يكون ذا أهليـة للتـصـرف " . يتضح من هذا النص أنه يشترط لصحة الوفاء شرطان هما :

أ - أن يكون المـوفى مـالكا للشئ الذى سلمه للدائن : هذا شرط بديهى لأن فـاقـد الشئ لايعطيـه . ذلك أن الوفـاء بالالتـزام باعطاء .

لايكون الا بنقل الحق على الشئ الى الدائن . ولن يتحقق ذلك الا اذا كان الموفى مالكا للشئ . وسيظل الدائن معرضا لمطالبة المالك الحقيقى . لذلك كان للدائن ان لم يقر المالك الحقيقى الوفاء . أن يرد ما تسلمه وأن يطالب المدين بوفاء جديد . بل أن للمدين الذى سلم لدائنه شيئا لايملكه أن يسترد الشئ من الدائن لكي يرده الى صاحبه على أن يقوم بالوفاء من جديد .

٢ - أن يكون الموفى أهلا للتصرف فى الشئ . اذ أن الوفاء بالالتزام باعطاء يتضمن نقلا ارادياً للحق على الشئ من الموفى الى الوفى له . فهو اذن عمل قانوني من أعمال التصرف . فاذا لم يكن الموفى أهلا للتصرف كان الوفاء قابلا للابطال لمصلحته . فيكون له وحده دون الدائن . أن يطلب ابطال الوفاء . على أن حق ناقص الأهلية فى طلب ابطال الوفاء واسترداد ما أوفى به له شرط هو أن يكون قد أصابه من ضرر بسبب الوفاء [١]، ولاشك فى تحقق شرط الضرر اذا كان الموفى من الغير . ولم تكن له مصلحة فى وفاء دين المدين . أما اذا كان الموفى هو المدين نفسه فقد يبدو لأول وهلة . أنه ليس من المتصور أن يصيبه ضرر من الوفاء بدين التزم به . ومع ذلك فقد يتحقق شرط الضرر فى بعض الحالات . من ذلك أن يكون المدين ناقص الأهلية قد أوفى الدين قبل حلول الأجل . أو كان قد سلم للدائن شيئا من صنف جيد فى حين أنه لم يلتزم الا بشئ من صنف متوسط .

(١) راجع نص المادة ٢/٢٣٥ مدنى .

الموفى له :

القاعدة العامة الواردة فى المادتين ٣٣٢ ، ٣٣٣ مدنى هى أن الوفاء يجب أن يكون للدائن أو لمن له صفة فى استيفاء الدين . أما الوفاء للغير فلا يتربت عليه انقضاء الالتزام الا فى حالات استثنائية .

وسوف نعرض فيما يلى لهذا الاجمال على التفصيل التالى :

١ - الوفاء للدائن أو لمن له صفة فى استيفاء الدين :

الأصل أن الوفاء يكون للدائن ، وله أن ينيب عنه وكيلا لذلك . وقد جعل المشرع ممن يتقدم بمخالفة صادرة من الدائن قرينة على قيام توكيل لحاملها فى استيفاء الدين [1]. فيكون له أن يطالب المدين بالوفاء ويكون الوفاء اليه وفاء صحيحا يترتب عليه انقضاء الالتزام . مثل ذلك وفاء المستأجر بالأجرة الى بواب المنزل الذى يعهد اليه المالك بالمخالصات . على أنه يستثنى من ذلك حالة ما اذا كان قد اتفق بين الدائن والمدين على أن يكون الوفاء للدائن شخصيا فيكون للمدين فى هذه الحالة أن يرفض الوفاء من يتقدم له بالمخالصة الصادرة من الدائن حتى يتأكد من ثبوت صفته من استيفاء الدين . ويشترط لصحة الوفاء أن يكون الدائن أهلا لاستيفاء الدين كاملا . ولما كان قبول الوفاء يترتب عليه انقضاء الدين . فإنه يعتبر من أعمال التصرف . فإذا لم تتوافر فى الدائن هذه الأهلية وجب أن يتم الوفاء لمن ينوب عنه نيابة

(١) راجع د/ اسماعيل غانم المرجع السابق ص ٣٨٤.

قـانونيـة . أمـا اذا وفى المدين إلى الدائن ناقص الأهليـة . فـإن الوفـاء لايكون صحيحا الا اذا أجازه بعد استكمال أهليته . على أنه اذا كان قد أصاب الدائن منفعة من الوفاء كان الوفاء اليه رغم نقص الأهلية صحيحاً بقدر هذه المنفعة [١].

٢ - الوفاء للغير :

نصت على هذا الوفاء المادة ٣٣٣ مدنى على أنه " اذا كان الوفاء لشخص غير الدائن أو نائبه . فلا تبرأ ذمة المدين الا اذا أقر الدائن هذا الوفاء . أو عادت عليه منفعة منه . وبقدر هذه المنفعة . أو تم الوفاء بحسن نيه لشخص كان الدين فى حيازته " .

يتضح من هذا النص أن هناك حالات ثلاثة يصح فيها الوفاء لغير الدائن وتبرأ ذمة المدين هى : -

(أ) حـالة اقـرار الدائن للوفـاء . وتخـتلف العـلاقـة بين الدائن والموفى له باختلاف الظروف . فقد تنصرف ارادة الدائن باقرار الوفاء إلى التبرع بقيمة الدين إلى الموفى له وقد تنصرف ارادته إلى اعتبار الموفى له وكيلا عند استيفاء مبين . وفى هذه الحالة يجب على الموفى له أن يقدم حسابا عن وكالته للدائن طبقا للقواعد العامة فى الوكالة . وقد عبر البعض عن ذلك[٢] بأن الإقرار اللاحق كالاذن السابق . فيقلب المستلم إلى نائب .

---

(١) راجع د/ البدراوى المرجع السابق ص٣٢٦ .

(٢) راجع د/ البدراوى المرجع السابق ص٣٢٦ .

(ب) حالة ما اذا عاد على الدائن منفعة من هذا الوفاء . فتبرأ ذمة المدين بقدر هذه المنفعة . من ذلك أن يقدم الموفى له إلى الدائن ما تسلمه من المدين أو أن يكون قد أوفى لدائن فتبرأ ذمة المدين بقدر مابرئت ذمة الدائن قبل دائن الدائنين نتيجة لهذا الوفاء . وهذا تطبيق لنظرية الاثراء بلا سبب . ذلك أن الوفاء أفاد الدائن من حيث أنه أبرأ ذمته من الدين الذى كان فى ذمته لمن تسلم الوفاء .

(جـ) حالة الوفاء بحسن نية للشخص الذى كان الدين فى حيازته . ويقصد به [١]ليس هو الشخص الذى كان بيده سند المديونية وانما هو الدائن الظاهر[٢] أى الشخص الذى يبدو فى نظر الكافة أنه صاحب الحق . ثم يتضح بعد ذلك أن الدائن الحقيقى شخص آخر . مثل ذلك أن يتوفى الدائن ويبدو أمام كافة الناس أن مستحق التركه ميراثا هو شخص معين . فيقوم المدين بالوفاء اليه ثم يتضح بعد ذلك أن هذا الدائن الظاهر محجوب من الميراث حجب حرمان وأن الدائن الحقيقى هو شخص آخر وهذه هى حالة الوارث الظاهر . ومن ذلك أيضاً أن يكون الدائن قد اتفق على حوالة حقه إلى شخص آخر فقام المدين بالوفاء للمحال له ثم أبطلت الحوالة بعد ذلك . فى مثل هذه الحالات . اذا كان المدين حسن النيه . أى يعتقد أنه يؤدى الحق إلى صاحبه . يكون الوفاء للدائن الظاهر مبرئا لذمة المدين . ويتضح من هذا أن المشرع هدف من هذا النص حماية المدين حسن النيه . اذا أن جهل المدين فى هذه الحالات

---

(١) راجع د/ اسماعيل غانم المرجع السابق ص٣٨٦ .

(2) " creancier apparant"

بشخص الدائن الحقيقى لم يكن مبينا على اهمال منه . بل كان الوضع الظاهر[١] مؤيدا له . هذا ولم يغفل المشرع رعاية مصلحة الدائن الحقيقى فطبقا للقواعد العامة كفل المشرع الحق للدائن الحقيقى الرجوع على الدائن الظاهر . وذلك سواء كان الدائن الظاهر عند تلقى الوفاء سئ النية بأنه كان يعلم ألا حق له فيما تسلم أو كان حسن النية ففى الحالة الأولى يكون الدائن الظاهر بقبوله الوفاء قد ارتكب خطأ . وقد ترتب على هذا الخطأ ضرر بالدائن الحقيقى . اذ قد برئت ذمة مدينه بهذا الوفاء . لذلك كان للدائن الحقيقى أن يرجع على الدائن الظاهر سئ النيه مطالبا بالتعويض على أساس المسئولية التقصيرية . أما فى الحالة الثانية أى الوفاء بحسن النيه . فيكون الدائن الظاهر قد أثرى على حساب الدائن الحقيقى . ويكون لهذا الأخير طبقا للقواعد العامة الرجوع عليه بدعوى الاثراء بلا سبب .

حالات يمتنع فيها على المدين الوفاء للدائن :

ورد النص على ذلك فى المادة ٣٢٥ من قانون المرافعات المدنية والتجارية [٢]وهى حالة ما اذا قام أحد الدائنين بتوقيع حجز تحت يد المدين . وهو مايسميه فقه المرافعات حجز ما للمدين لدى الغير . والتبرير العملى لذلك . أن اعلان الحجز إلى المدين المحجوز لديه يجعل

---

(١) راجع د/ جمال ذكى مقال " حماية الوضع الظاهر " منشور فى مجلة القضاء الفصليه عام ١٩٩٢ ص ١١٨ .

(٢) راجع د/ أحمد ماهر زغلول أصول المرافعات ١٩٩١ ص٢٢١ .

الدين محبوسا لمصلحة الدائن الحاجز ويمنع المدين من الوفاء لدائنه . فإذا صدر بعد ذلك حكم بصحة الحجز وجب على المدين أن يوفى بالدين للدائن الحاجز دون الدائن الأصلى [١].

ما الحكم اذا امتنع الدائن عن قبول الوفاء ؟ : -

قد يبدو الأمر غريبا آن يمتنع الدائن عن قبول الوفاء . ولكن هذا متصور فى بعض الأحوال مثل ذلك أن الدائن قد يرى أنه يستحق أكثر مما يعرضه المدين . أو أنه يستحق شئ آخر غير المعروض . وقد يكون الدين مغلا لفائده ويريد الامتناع زيادة هذه الفوائد . ومن هنا فقد تدخل المشرع بوضع طريق حاسم أمام المدين يجب عليه سلوكه لمواجهة تعنت الدائن فى عدم قبول الوفاء المعروض عليه وذلك حتى تبرأ ذمته فور اتخاذ هذه الاجراءات . ومن هنا لابد لنا من ايضاح هذه المعالجة التشريعية . ويكون الأمر واضحا أمام المدين فى العمل بها فباستطلاع نصوص القانون المدنى[٢] وقانون المرافعاتنجد أن المشرع حصر هذه الأجراءات فى أربعة مراحل هى : -

الاعذار - العرض الحقيقى - الايداع - استصدار حكم بصحة العرض والايداع . وسوف نعرض لكل مرحلة على حده فيما يلى : -

---

(١) راجع د/ البدراوى المرجع السابق ص٣٢٩ .
(٢) راجع نصوص المواد : ٣٣٤ - ٣٣٥ - ٣٣٦ حتى ٣٤٠ مدنى وكذلك المواد من : ٤٨٧ - ٤٩٣ مرافعات .

الاعذار :

يقصد بالاعذار . اعذار المدين للدائن . وهو يكون بورقة رسمية تعلن للدائن فى موطنه القانونى بقصد تسجيل تقصيره واثبات حالة امتناعه عن قبول الوفاء المعروض عليه من المدين . وهذا التعنت قد يبدو من الدائن فإنه يتخذ احدى صدر ثلاث : فهو قد يرفض قبول الوفاء المعروض عليه من جانب المدين وقد يعلن أنه لم يقبل الوفاء . وأخيرا قد يرفض القيام بالاعمال التى لايتم الوفاء بدونها [١]. واذا تم الانذار على النحو السابق إيضاحه [٢]. فأنه يترتب عليه الآثار التاليه : -

(أ) : وقف سريان الفوائد سواء اكانت اتفاقية أم قانونية .

(ب) : يحق للدائن المطالبه بتعويض عما أصابه من ضرر من جراء رفض الدائن .

(جـ) : انتقال تبعه الهلاك من المدين إلى الدائن . ففى العقود الملزمة للجانبين تكون تبعة الهلاك على المدين بالالتزام الذى استحال تنفيذه . فإذا ملك المبيع بقوة قاهرة قبل تسليمه إلى المشترى ملك على البائع . حيث أنه هو المدين بالالتزام بالتسليم . فلا يحق له مطالبة المشترى بالثمن . ولكن اذا كان المشترى قد رفض استلام المبيع وثبت هذا الرفض فى محرر رسمى فإنه يعتبر بمثابة اعزار بذلك للمشترى . ومن ثم يكون هلاك الشئ بعد ذلك بقوة قاهرة على المشترى وبالتالى

---

(١) راجع المادة ٣٣٤ مدنى .

لايستطيع التحلل من التزامه بدفع الثمن [١] ، [٢].

٢ - العرض الحقيقى : " loffre reelle"

لما كان الاعذار فقط لايترتب عليه براءة الذمة من الالتزام . بل لابد من مباشرة اجراءات العرض الحقيقى التى أوضحها المشرع فى قانون المرافعات المدنية والتجارية فى المواد من : ٤٨٧ حتى ٤٩٣ مرافعات وذلك بأن يسلم المدين للمحضر القائم بالعرض الشئ محل الالتزام أن نقودا أو أى شئ آخر يمكن تسليمه للدائن فى موطنه . أما اذا كان عقارا ومنقولا أو أى شئ آخر لايسهل عرضه عرضاً حقيقيا على الدائن . فإن العرض يتم بمجرد التكليف [٣] بالتسليم على يد المحضر. وهنا اذا قبل الدائن هذا العرض فإن ذمة المدين تبرأ من الالتزام وبذلك يتم الوفاء . واذا لم يقبل الدائن العرض يذكر المحضر واقعة الرفض فى محضره ثم ينتقل بعد ذلك إلى الايداع . ولما كانت هذه الاجراءات خاصة بقانون المرافعات فإننا تحيل القارئ اليها [٤].

٣- الايداع :

اذا رفض الدائن قبول الشئ المعروض فإن الدائن يقوم بايداع الشئ محل الالتزام .ولكن الايداع يختلف بحسب محل الالتزام . فإن كان محل الالتزام نقودا قام المحضر بايداعها خزينة المحكمة فى اليوم

(١)،(٢) راجع البدراوى د/ اسماعيل غانم ص٣٢٧ ، ٣٦٨ .
(٣) راجع د/ البدراوى ، د/ اسماعيل غانم ص٣٦٨،٣٢٧ .
(٤) راجع المواد من ٤٨٧ - ٤٩٣ مرافعات .

التالى على الأكثر لتاريخ محضر العرض . ويجب على المدين اعلان الدائن بصورة محضر الايداع فى ظرف ثلاثة أيام من تاريخه .

واذا كان المعروض شيئا آخر غير النقود جاز للمدين أن يطلب من قاضى الأمور المستعجلة الترخيص فى ايداعه بالمكان الذى يعينه القاضى اذا كان الشئ مما يمكن نقله . أما اذا كان الشئ معدا للبقاء حيث وجد . جاز للمدين أن يطلب تعيين حارسا لحفظه فى المكان الذى يعينه . واذا كان الشئ المعروض مما يتلف بمرور الزمن . أو اذا كانت نفقات حفظه باهظة . يجوز للمدين أن يستأذن القضاء فى بيعه بالمزاد العلنى وايداع الثمن [١] هذا اذا كان الشئ ليس له سعر معروف وحدد أى سعر جبريا أو له سعر متداول فى البورصات [٢]. ولكن لايجوز اللجوء إلى اجراءات البيع بالمزاد العلنى طالما كان هذا السعر متداول بالنسبة للشئ المراد بيعه . حيث أن اجراءات المزاد العلنى تتكلف مصاريف باهظة . وسوف تخصم من قيمة الشئ المعروض عند التسليم.

٤ - صدور حكم بصحة العرض والايداع :

قد ينازع الدائن فى صحة العرض ويطلب الحكم ببطلانه . وقد لاتنتظر المدين منازعة الدائن فيطلب الحكم بصحة العرض والايداع حتى يقطع كل نزاع فى المستقبل . وقبل صدور حكم بصحة العرض والايداع

(١) راجع د/ البدراوى المرجع السابق ص٣٣١ .
(٢) راجع د/ البداورى المرجع السابق ص٣٣٢ .

فإنه يحق للمدين المودع أن يرجع فى الايداع . وعندئذ يعود الدين بجميع ملحقاته . أما بعد قبول العرض من الدائن أو صدور حكم بصحة العرض والايداع بصفة نهائية . فلا يجوز الرجوع الا بموافقة الدائن . اذ أن العرض يقوم مقام الوفاء . فإذا ارتضى الدائن رجوع المدين . اعتبر الوفاء كأن لم يمن . فيظل المدين ملتزما بالدين ولكن ليس للدائن بعد ذلك أن يتمسك بما يكفل حقه من تأمينات . ولايكون له الزجوع على المدينين المتضامنين أو الكفلاء وفى حالة قضاء المحكمة بصحة العرض ولايداع لاتبرأ ذمة المدين من هذا الدين الا اذا صار هذا الحكم نهائيا [1] ويكون هنا ذات أثر كاشف عن براءة الذمة . فتبرأ ذمة المدين من يوم العرض وليس من تاريخه أو صيرورته نهائيا . وقد أوجب المشرع على المحكمة فى المادة ٢/٣٧٩ مرافعات أن تقضى مع صحة العرض براءة ذمة المدين من يوم العرض مما تدينهم منه أن هذا القضاء وجوبيا حتى ولو اقتصر طلب المدين على الحكم له بصحة اجراءات العرض والايداع . فقطعا لكل مشكلة تثار عند الطعن على هذا الحكم يجب على المدين أن يتضمن صحيفة دعوى صحة العرض والايداع طلبا آخر هو براء ذمته من الدين محل العرض . ولنا هنا أن نتسائل ما هى المحكمة المختصة بصدور حكم صحة العرض والايداع وبراءة الذمة من الدين . يبدو الأمر معقدا فى البداية بأن هذه اجراءات التنفيذية يختص بها قاضى التنفيذ طبقا للمادة ٢٧٥مرافعات أيا كانت قيمتها . الا أننا

(١) راجع د/ اسماعيل غانم المرجع السابق ص٣٩٣ .

نرى أنه حسب قيمة الدين المطلوب الحكم بصحة العرض والايداع له يتحدد الأختصاص فإذا كان أكثر من عشرة آلاف جنيه تختص بها المحكمة الابتدائية . وإذا كان أقل من ذلك فإن المحكمة الجزئية تكون هي المختصة . وصحة العرض والايداع وبراءة الذمة كلها طلبات مندمجة ناشئة عن سبب قانوني واحد فتقدر الدعوى بمجموع هذه الطلبات (١).

يثور عند بحث محل الوفاء مسائل ثلاث وهى : بما يرفى المدين أى الوفاء بنفس الشىء - الوفاء بالشىء كله - تعيين جهة الدفع عند تعدد الديون . فالقاعدة العامة أن محل الوفاء هو عين ما التزم به المدين وقد نصت على ذلك المادة ٣٤١ مدنى " الشئ المستحق أصلا هو الذى يكون به الوفاء فلا يجبر الدائن على قبول شيئ غيره ولو كان هذا الشيئ مساويا له فى القيمة أو كانت له قيمة أعلى " ومن هنا لابد من بحث هذه المسائل الثلاث على النحو التالى :

أولا : الوفاء بذات الشئ :

يجب على المدين أن يوفى للدائن بذات الشئ المستحق عليه بغير ذلك لاتبرأ ذمة المدين . فاذا كان الأداء المستحق على المدين عينا معينة بالذات فلا تبرأ ذمة المدين الا إذا أدى للدائن ذات العين المتفق عليها . واذا كان المستحق على المدين شيئا معينا بالنوع ولم تحدد درجة جودته وجب على المدين أن يؤدى للدائن شيئا من جودة

(١) راجع د/ أمينه النمر ، تعقد تقدير قيمة الدعوي عام ١٩٨٤ ص ١١٢ - ١١٨ بحث مطول .
وأنظر المادة ٩/٣٧ مرافعات المعدلة بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩

متوسطة[١]. وإذا كان الشئ المستحق على المدين نقودا وجب الوفاء به نقدا . ولايجبر بالوفاء بالنقود ولو زادات قيمته عنها . ولايجبر الدائن أيضا على قبول شيك بالمبلغ المستحق له . ولايترتب على ذلك براءة ذمة المدين[٢] ويتحمل الدائن تبعا لذلك هبوط قيمة العملة الورقية . وليس لارتفاع هذه القيمة أو لانخفاضها وقت الوفاء بالدين أى أثر . ويقع باطلا كل اتفاق يقصد به الدائن حماية نفسه وتأمينه من عدم استقرار قيمة هذه النقود . ولا تثور صعوبة بالنسبة للالتزامات غير التعاقدية . اذ أن القانون يحدد مايجب على المدين أداؤه . فالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار مثلا محلها تعويض الضرر . ولكن لايحدد العقد على وجه الدقة الآداء الذى يتعهد به المدني . فهنا لابد من تطبيق المادة ١٤٨ مدنى أى ينفذ العقد بما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام [٣].

ثانيا : الوفاء بكل الشئ :

هذه المسألة يطلق عليها مبدأ عدم تجزئة الوفاء . وهو منصوص علية في المادة ٣٤٢ مدنى التي جاء نصها على أنه " لايجوز للمدين أن

---

(١) راجع د/ محمد على عمران ، أحكام الالتزام ١٩٩٣ ص ٢٣٤ .

(٢) راجع نقض مدنى ١٩٥٧/٧/١٣ مجموعة أحكام النقض " قبول الشيك لايفى تمام الوفاء الا بقبض قيمته فعلا " وكذلك نقض مدنى ١٩٧٩/١٢/١٠ الطعن ٤٧٩ السنة ٤٥ " لاتبرأ ذمة المدين بمجرد ارسال حوالة بريدية بقيمة الدين الى الدائن بل يقبض هذه الحوالة فعلا " .

(٣) راجع د/ البدراوى ، المرجع السابق ص ٣٣٤.

يجبر الدائن علي قبوله وفاء جزئيا لحقه مالم يوجد اتفاق أو نص فى القانون يقضى بغير ذلك فاذا كان الدين متنازعا فى جزء منه وقبل الدائن أن يستوفى الجزء المعترف به فليس للمدين أن يرفض بهذا الجزء " . وهذا المبدأ يعني أن الوفاء لايتجزء حتي ولو كان الدين بطبيعته قابلا للتجزئة . أى يحق للدائن دائما أن يمتنع عن قبول جزء من الدين أو أن يتمسك بوفاء الدين جميعه . ومما هو جدير بالذكر أن هذه القاعدة تنطبق على أصل الدين والفوائد معا . ولايقوم هذا المبدأ الا بالنسبة للدين الواحد [١]، فإذا تعددت الديون في ذمة المدين للدائن وأراد أن يوفى أحدها فقط . فليس للدائن أن يرفض هذا الوفاء ويتمسك بالوفاء لها جميعا . بل عليه أن يقبل الوفاء بهذا الدين ثم يطالب المدين بأثر الديون . على أنه يرد على مبدأ عدم جواز تجزئة الوفاء عدة استثناءات نذكرها على النحو التالى :

١ - اذا كان الدين متنازعا فى جزء منه وقبل الدائن أن يستوفى الجزء المعترف به . فليس للمدين أن يرفض الوفاء بهذا الجزء .

٢ - اتفاق الدائن والمدين على تجزئة الوفاء . وقد يقع هذا الاتفاق قبل الوفاء كما لو اشترط المدين على الدائن تقسيط الدين . وقد يكون وقت الوفاء كما لو أوفى المدين بجزء من الدين وقبله الدائن.

٣ - فى حالة التمسك بالمقاصة ينقضى الدين الأكبر فى جزء منه بالمقاصة رغم عدم ارادة الدائن ويبقى الدين فى ذمة المدين . وسنعود

لشرح ذلك تفصلا عند الحديث عن انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء .

٤ - في حالة ما إذا منح القاضى للمدين حسن النية عدة آجال يقسط فيها الوفاء .

٥ - في حالة تعدد الكفلاء لدين واحد كانوا غير متضامنين فيما بينهم جاز لأى منهم اذا طالبه الدائن بالوفاء . أن يدفع بالتجزئة للدين فلا يوفى الا بجزء منه . ويتحمل سائر الكفلاء نصيبهم .

ثالثا : احتساب الخصم "تعيين جهة الدفع عند تعدد الديون"

نظم المشرع تعيين جهة الدفع في المواد من ٣٤٣ حتى ٣٤٥ مدنى ، ولكن المهم هنا ايضاح أهمية تعيين جهة الدفع [١]فقد يكون[٢] أحد الديون مضمونا برهن فيهم الدائن عندئذ أن يعلم ما اذا كان الدين الذى انقضى هو الدين المضمون بالرهن أم دينا عاديا . وقد يكون أحد هذه الديون قد سقط بالتقادم . فيكون من الضرورى أيضا الوقوف على حقيقة هذا الدين . وقد يكون الدين منتجا لفوائد دون باقى الديون والى غير ذلك . فهذا المشرع أعطى المدين أولا تعيين جهة الدفع . فاذا لم يقم بها فقد أوضح المشرع ذاته بنص القانون قواعد تعيين جهة الدفع . وأخيرا أوكل الخيار للدائن في حالة عدم امكان التفضيل وسوف نعرض لهذه القواعد تفصيلا فيما يلى :

(١) أنظر تطبيقات خاصة لنظرة الميسرة في المواد ٩٢٧ - ٩٨٢ - ٢/١٠١٠.

(٢) راجع د/ اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٣٨٨.

أ - تعيين جهة الدفع عن طريق المدين :

جاء نص المادة ٣٤٤ مدنى " اذا تعددت الديون فى ذمة المدين وكانت لدائن واحد ومن جنس واحد . وكان ما أداه المدين لايفي بهذه الديون جميعا . جاز للمدين عند الوفاء أن يعين الدين الذى يجرى الوفاء به . مالم يوجد مانع قانوني أو اتفاق يحول دون هذا التعيين " . يتضح من هذا النص أن المدين يجب أن يعين الدين وقت الوفاء . على أن المدين ليس له مطلق الحرية فى اختيار الدين الذى يجرى الخصم منه بل انه مقيد بالقيود التالية :

١ - لايستطيع المدين أن يجري خصما من دين أكبر من المبلغ الذى أوفى به والا كان فى هذا حرمان للدائن من التمسك بقاعدة عدم تجزئة الوفاء فالدائن لايجبر على قبول وفاء جزئى .

٢ - لايستطيع المدين أن يختار الوفاء بدين مؤجل . فهو لايستطيع أن يختار الوفاء بدين مؤجل . مالم يكن الأجل فى صالحه وحده . فعندئذ أنه قد نزل عن هذا الأجل .

٣ - فى حالة ما اذا كان الدين منتجا لفوائد . فيجب أن يجرى الخصم أولا من المصروفات ثم من الفوائد من أجل الدين . وهذا يوجد بدائة أن يكون الدائن قد رضى بالوفاء الجزئى [١].

---

(١) راجع د/ البدراوى - المرجع السابق ص ٣٤٠.

ب - تعيين جهة الدفع بنص القانون :

تناول المشرع ذلك فى المادة ٣٤٥ مدنى " اذا لم يعين الدين على الوجه المبين فى المادة السابقة . كان الخصم من حساب الدين الذى حل ، فاذا تعددت الديون الحالة . فمن حساب أشدها كلفة على المدين ، فاذا تساوت فى الكلفة بمن حساب الدين الذى يعينه الدائن ".

يتضح من هذا النص أنه إذا لم يقع تخصيص للوفاء وجب أن يعد الوفاء خاصا بالدين المستحق الآداء وليس الدين الذى يحل أجله . واذا تعددت الديون الحالة جرى الخصم من الديون التى يكون للمدين فى الوفاء بها مصلحة أكثر من سواها . مثل ذلك أن يجرى الخصم من الدين الذى ينتج فوائد لأنه أشد كلفة من الدين الذى لاينتج فوائد أقل . وكذلك يكون من مصلحة المدين أن يكون الوفاء بالدين المضمون برهن على عقاره قبل الدين العادى . وكذلك فان الدين الذى يتقادم بمدة أطول أو بقى على تقادمه مدة كبيرة هو أشد كلفة من الدين الذى يتقادم بمدة أقصر أو أصبح تقادمه قد أوشك على الإتمام . على أن تحديد أى الديون أشد كلفة من مسائل الواقع التي تستقل محكمة الموضوع بتقديرها بعيد عن نطاق الرقابة القضائية لمحكمة النقض [١].

ج - تعيين جهة الدفع عن طرق الدائن :

أوضح المشرع فى نص المادة ٣٤٥ مدنى سالف الذكر . وحتى

---

(١) راجع د/ اسماعيل غانم ، المرجع السابق ص ٣٨٨.

لايكون البحث تكرار لاطائلة من وراءه فانه اذا لم يعين المدين الدين الذى يجرى الخصم منه . ولم يكن من بين الديون ماهو أشد كلفة على المدين . انتقل التعيين الى الدائن .

٣ - ظروف الوفاء "الزمان - المكان - النفقات - الاثبات" .

لقد عالج المشرع هذه الظروف فى المواد من ٣٤٧ حتى ٣٤٩ مدنى . وسوف نعرض لكل منها على النحو التالى :

١ - زمان الوفاء :

اذا لم يكن الالتزام مضافا الى أجل أو معلقا على شرط واقف . يجب الوفاء به فورا بمجرد نشوئه . والا حق للدائن أن يلجأ الى التنفيذ الجبرى الا أن المشرع خول القاضى منح المدين حسن النية أجل معقول أو آجال متعددة أن ينفذ فيها التزامه . وقد سبق لنا معالجة ذلك عند دراسة الأجل القضائى أو نظرة الميسرة الا أن المشرع قيد القاضى بثلاثة شروط وردت فى المادة ٢/٣٤٦ مدنى ومن : ألا يوجد نص فى القانون يمنع من نظرة الميسرة . وأن تكون حالة المدين تستدعى ذلك بأن كان فى عسرة مؤقتة يرجي زوالها وألا يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم.

ب - مكان الوفاء :

نظم المشرع تحديد مكان الوفاء فى المادة ٣٤٧ التي نصت

علي أنه " اذا كـان محل الالتزام شيئا معينا بالذات وجب تسليمه فى المكان الذى كان موجودا فيه وقت نشوء الالتزام . مالم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك أما فى الالتزامات الأخرى . فيكون الوفاء فى المكان الذى يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء أو فى المكان الذى يوجد فيه مركز أعمال المدين اذا كان الالتزام متعلقا بهذه الأعمال " .

يتضح من هذا النص سالف الذكر أن المشرع وضع قاعدة أصلية فى تحديد مكان الوفاء وهى الرجوع الى الاتفاق أولا . واذا لم يوجد هذا الاتفاق وجب الرجوع الى الأحكام القانونية التي تنظم ذلك . فقد يتفق الطرفان على مكان الوفاء وهذا هو الغالب ويجب من ثم على المدين الوفاء بالتزامه فى المكان المتفق عليه . وهذا الاتفاق قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا [١]، ولايشترط له شكل خاص . واذا ما اتفق فى عقد ملزم للجانبين على أن يكون الوفاء بالالتزامات المتقابلة المتولدة عنه فى وقت واحد . فان هذا يفيد بطريقة ضمنية فى تحديد مكان الوفاء . وهذه القاعدة تجد جذورها تحديدا فى المادة ٤٥٦ مدنى بخصوص عقد البيع ؛ يكون الثمن مستحق فى المكان الذى سلم فيه المبيع مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك " . وأما عن الأحكام القانونية التى نظمها المشرع فى حالة عدم وجود اتفاق[٢]. فقد فرق المشرع ما اذا كان المحل الالتزام شيئا معينا بذاته أم غير ذلك . ففى الحالة الأولى : اذا

(١) راجع د/ محمد عمران المرجع السابق ص ٢٤٠.
(٢) راجع د/ البدراوى المرجع السابق ص ٣٤٣ .

كان محل الالتزام شيئا معينا بذاته وجب الوفاء به فى المكان الذى كان موجودا فيه وقت نشوء الالتزام . إذ أن ارادة المتعاقدين الاحتمالية تكون قد انصرفت الى هذا . والمفروض فى هذا أن يكون الشئ له مكان ثابت أما اذا كان دائم التحرك كما هو الحال فى الالتزام بتسليم سيارة . فان الوفاء يكون واجبا فى موطن المدين . وهذا هو الأقرب فى الاحتمال لارادة المتعاقدين . أما فى الحالة الثانية : اذا لم يكن محل الالتزام شيئا معينا بذاته . فانه يجب الوفاء فى المكان الذى يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء وليس وقت نشوء الالتزام . ويقصد بموطن المدين هنا الموطن العام أى المكان الذى يقيم فيه بصفة معتادة[1]. أو موطن أعماله اذا كان الالتزام متعلقا بهذه الأعمال . فالدائن هو الذى يسعى الى موطن المدين . ويعبر الفقه عن ذلك بأن الدين مطلوب لا محمول . ويطبق هذا الحكم حيث يكون محل الالتزام تسليم شئ غير معين بذاته كما هو الحال فى الأشياء المثلية أو فى الالتزام بعمل أو الامتناع عن عمل .

ج - نفقات الوفاء :

نصت المادة ٣٤٨ مدنى أن " نفقات الوفاء على المدين الا اذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك " . من هذا النص نجد أن المشرع وضع قاعدة واستثناء عليها . فالقاعدة أن نفقات الوفاء يتحملها

---

(١) راجع نص المادة ٤٠ من القانون المدنى " تعريف الموطن العام " .

المدين الا اذا كان هناك اتفاق على أن يتحملها الدائن · ويقصد بنفقات الوفاء . ما يتكلفه الدين من مصروفات مثل نفقات ارسال الدين الى الدائن اذا كان هناك اتفاق على أن يكون الوفاء محل الدائن . ونفقات المخالصة ومصاريف الشيك والحوالة البريدية . ونفقات الوزن أو العد أو القياس أو الكيل . فهذه كلها على المدين مالم يتفق على أن الدائن هو الذى يتحملها . ولكن هناك استثناء على هذه القاعدة وهو أن المشرع قد ينص فى بعض الأحوال على أن يتحمل الدائن هذه النفقات . كما هو الحال بالنسبة لنفقات العرض والايداع فى المادة ٣٣٥ مدني ونرى أن علة تحميل الدائن هذه النفقات هو ذلك التعنت الذى بدى من الدائن فى قبوله الوفاء مما أدى بالمدين الى سلوك طريق العرض والايداع.

هـ - اثبات الوفاء:

مما يجب التنويه به فى هذا المقام أن الوفاء هو تصرف قانوني[1]، وليس واقعة مادية . ومن هذا يجب لاثباته وجوب قاعدة الاثبات بالكتابة للتصرف القانونى المدين اذا زادت قيمته على خمسمائة [2]. وهذا الوفاء فى غالب الأحوال يثبت بالمخالصة . ويجب على الدائن أن يسلم المدين هذه المخالصة عند طلبها موقعة منه بما يفيد الوفاء وتاريخه . وهذا التاريخ يكون حجة فى ذاته بين الدائن

(١) راجع د/ السنهورى الاثبات ج ٥ طبعة نادى القضاة ١٩٨٩ ص ١١١٢ .
(٢) راجع مؤلفنا الوجيز فى أصول الاثبات فى المواد المدنية ١٩٩٣ ص ١٠٨ .

والمدين بل يجوز أن يكون حجة أيضا فى مواجهة الغير ولو لم يكن ثابتا بوجه رسمى وهذا ما نص عليه المشرع صراحة فى المادة ١٥ من قانون الاثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ بعد أن بين طرق اثبات التاريخ أضاف هذه الفقرة " ومع ذلك يجوز للقاضى تبعا للظروف الا يطبق حكم هذه المادة على المخالصات " . واذا لم تكن هناك مخالصة . جاز استخراج الدليل عن طريق القيد فى سجلات الدائن التاجر أو الأوراق المنزلية . أو من القيود التي يكتبها الدائن على هامش سند المديونية[1].

ولقد أوضح المشرع فى المادة ٣٤٩ مدنى علاوة على ماتقدم أحكاما قانونية يجب اتباعها تنص على " لمن قام بوفاء بجزء من الدين أن يطلب مخالصة بما وقاه مع التأشير على سند الدين بحصول الوفاء . فاذا وفى الدين كله كان له أن يطلب رد سند الدين أو الغاءه . فاذا كان السند قد ضاع كان له أن يطلب من الدائن أن يقر كتابة بضياع السند . فاذا رفض الدائن القيام بذلك . جاز للمدين أن يودع الشئ المستحق ايداعا قضائيا.

---

(١) راجع نصوص المواد ١٧ ، ١٨ ، ١٩ اثبات معدلة بالقانون ١٨ لسنة ١٩٩٩ المنشور بالجريدة الرسمية فى ١٩٩٩/٥/١٧ - العدد ١٩ مكرر بتعديل المادة ٦٠ اثبات .

المبحث الثانى

الوفاء مع الحلول

تمهيد :

يقصد بالحلول عموما أن يحل شخص أو شئ مكان شخص أو شئ آخر . والحولول أما أن يكون حولال شخصيا واما أن يكون حلولا عينيا . ويقصد بالأول أن يحل شخص مكان شخص آخر وهذا هو التصرف القانونى للوفاء مع الحلول . أما الثاني فيحل شئ محل شئ آخر كمحل الحق . كما هو الحال فى حلول تعويض التأمين من الحريق محل العقار المرهون اذا احترق ولن نعرض الا للحلول الشخصي أى الوفاء مع الحلول فى هذا المبحث اذ هو مجال دراستنا الأصلية . والوفاء مع الحلول هو نوع من الوفاء يؤدى الى استيفاء الدائن حقه ولكن مع حلول الموفى محله فى رجوعه على المدين . وله فوائد للموفى وللمدين . فهو يمكن المدين الذى يعجز عن الوفاء من أن يوفي عنه شخص آخر للدائن . ويحل محله فيما له من رهن . فيقدم هذا الأجنبى على الوفاء دون أن يخشى مزاحمة سائر الدائنين له . وقد نظم المشرع المصرى أحكام الوفاء مع الحلول فى المواد من ٣٢٦ الى ٣٣١ مدنى . ومن ثم فلابد لنا من تفصيل هذه الأحكام على النحوالتالى :

أ - حالات الوفاء مع الحلول :

أوضح المشرع حالات الوفاء مع الحلول فى المادتين ٣٢٦ ، ٣٢٧

من القانون المدنى . وقد تناول فى الأولى الحلول القانوني ، وتناول فى الثانية الحلول الاتفاقى ، ومن ثم يتحقق الوفاء مع الحلول فى حالتين : الحلول القانوني ، والحلول الاتفاقى .

أ - الحلول القانونى :

نصت المادة ٣٢٦ مدنى على أربعة أحوال للحلول القانونى وهى: ١ - اذا كان الموفى ملزما بالوفاء مع المدين أو عنه . ٢ - اذا كان الموفى دائنا ووفى دائنا آخر مقدما عليه . ٣ - إذا كان الموفى هو حائز العقار الضامن لوفاء حق الدائن . ٤ - اذا كان هناك نص خاص يقرر للموفى حق الحلول . وسوف نعرض لهذا الاجمال على النحو التالى :

أ - اذا كان الموفى ملزما بالوفاء مع المدين أو عنه :

يكون الموفى ملزما مع المدين اذا كان متضامنا معه فى الدين أو كان شريكا معه فى دين غير قابل للتجزئة . فاذا قام بوفاء الدين استطاع أن يرجع علي شركائه فى الدين بما أوفى بعد خصم نصيبه فى الدين . ويكون الموفى ملزما عن المدين اذا كان كفيلا له . سواء كانت الكفالة شخصية أو عينية . فاذا قام بالوفاء له أن يرجع على المدين بكل مادفعه . ويحل محل الدائن فى حقوقه . وينحصر الفرق بين الكفيل العينى والشخصى [1]، في أن الأول يكون مسئولا عن الدين اذا لم يوف به المدين فى كل أمواله . أما الكفيل العينى تنحصر مسئوليته

(١) راجع د/ اسماعيل غانم المرجع السابق ص ٣٩٥.

فى عين معينة وقدمها ضمانا لدين المدين .

٢ - وفاء الدائن المتأخر لدائن متقدم عليه :

إذا وفى دائن متأخر لدائن متقدم دينه . حل الموفى محل الموفى له فى حقوقه . ومثل ذلك أن يكون المدين قد رهن عقارات لدائنين على التوالى . فاذا أراد الدائن المرتهن الأول أن يباشر اجراءات التنفيذ على العقار لكي يستوفى حقه من ثمنه . فقد يرى الدائن المرتهن الثانى أن مصلحته أن يوقف اجراءات التنفيذ اذ قد تكون أسعار العقارات منخفضة . بحيث اذا بيع العقار فى الحال فلن يأتى بثمن يكفى بالدينين معا . ويرى الدائن المرتهن الثانى أنه اذا أرجئ البيع الى وقت ملائم لأمكن الحصول على ثمن يفى بدين الدائن المرتهن الأول ويفى منه ما يفى بدينه هو أيضا . فى هذه الحالة من مصلحة الدائن المرتهن الثانى أن يقوم بالوفاء للدائن المرتهن الأول . فيحل محله ويتمهل فى اتخاذ الاجراءات حتى تواتيه الفرصة المناسبة . هذا ويلاحظ أننا قد افترضنا فى هذا المثال . أن الموفى نفسه دائن مرتهن ولكن ذلك ليس بشرط . فقد يكون دائنا عاديا ويرى من مصلحته أن يقوم بالوفاء للدائن المرتهن لكى يتمكن من ارجاء البيع فالجوهرى اذن أن يكون الوفاء قد تم من دائن متزخر لدائن متقدم .

٣ - وفاء الحائز للعقار بالدين المضمون بالرهن :

يقصد بحائز العقار من انتقلت اليه ملكية عقار مثقل برهن أو

اختصاص أو امتياز دون أن يكون ملتزما شخصيا بالدين المضمون بالرهن . للدائن المرتهن بما له من حق التتبع أن يباشر اجراءات التنفيذي على العقار رغم انتقال ملكيته من المدين الى الحائز وقد يرى الحائز فى هذه الحالة أن يوفى للدائن المرتهن بدينه لكي يتجنب التنفيذ على عقاره . فيحل بذلك محل الدائن المرتهن فى كافة حقوقه . فاذا كان الدائن الذى وفى به مضمونا بالاضافة الى الرهن بكفالة كان للحائز أن يرجع على الكفيل . واذا كان هناك رهن على عقارا آخر ضمن هذا الرهن حق الحائز قبل المدين . بل أن الحلول يشمل الرهن الوارد على عقار الحائز . فيحل فيه محل الدائن المرتهن . وبالتالى يصبح له رهن على عقاره . وتظهر مصلحته فى ذلك . اذا كان العقار مثقلا برهن يليه فى المرتبة . فاذا باشر الدائن المرتهن الثانى اجراءات التنفيذ على هذا العقار . كان للحائز أن يتقدم عليه فى الاستيفاء من ثمن العقار بما أداه للدائن المرتهن الأول . واذا كانت قيمة العقار لا تكفي الا لسداد الدين الأول . فقد يكون ذلك حافزاً للدائن المرتهن الثانى الى الامتناع عن التنفيذ . لأن الثمن الذى سيحصل من البيع سيختص به الحائز بوصفه قد حل محل الدائن المرتهن الأول . ويلاحظ أن المادة ٣٢٦/ج مدنى لم تتعرض الا لحالة واحدة من حالات حائز العقار (١). وهي حالة ما اذا كان الحائز قد تلقى الملكية عن طريق الشراء ولم يكن قد دفع الثمن الى البائع فقام بالوفاء بدين الدائن من ذلك الثمن . والسبب فى ذلك أن هذه

(١) راجع د/ البدراوى المرجع السابق ص ٣٥٠ ، د/ اسماعيل غانم ص ٣٩٦.

هى الحالة الغالبة الوقوع عملا . ولكن ليس ذلك بشرط فالقاعدة تنطبق على كل حائز سواء كان تلقى الملكية بالشراء أو بسبب آخر وسواء كان المدفوع من الثمن أم لا .

٤ - اذا كان هناك نص يقرر حق الحلول

وردت فى أحوال متفرقة حالات منها ورد النص عليه فى المادة ٤١٦ من القانون التجارى ١٧ لسنة ١٩٩٩ أن من قام بالوفاء بالكمبيالة دون أن يكون ملزما بذلك . يحل محل حاملها فيما له من حقوق . ويسمى الدافعه بطريق التوسط أو التدخل . وكذلك المادة ٧٧١ مدنى التى تنص على حلول المؤمن بما دفعه من تعويض بسبب الحريق فى الدعاوى التي تكون للمؤمن له قبل المسئول عن الحريق[١] .

ب - الحلول الاتفاقى :

نصت على ذلك المادة ٣٢٧ مدنى " للدائن الذى استوفى حقه من غير المدين أن يتفق مع هذا الغير على أن يحل محله ولو لم يقبل المدين ذلك . ولا يصح أن يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء " . وكذلك المادة ٣٢٨ مدنى " يجوز للدائن اذا اقترض مالا وفى به الدين أن يحل المقرض محل الدائن الذى استوفى حقه ولو بغير رضاء هذا الدائن . على أن يذكر فى عقد القرض أن المال قد خصص للوفاء وفى هذه الحالة أن الوفاء كان من هذا المال الذى أقترضه الدائن الجديد " .

يتضح مما سبق أن الحلول الاتفاقى يتصور فى حالتين هما :

(١) أنظر المادة ٢/٤١٦ من ق ١٧ لسنة ١٩٩٩ فى شأن قانون التجارة ملحق تشريعات مجلة المحاماة نشر فى الجريدة الرسمية رقم ١٩ مكرر الصادر فى ١٩٩٩/٥/١٧.

١ - الحلول بالاتفاق مع الدائن :

يتضح من نص المادة ٣٢٧ مدنى المشار اليه سلفا أن الدائن يستطيع أن يقبل الوفاء من غير المدين . ويتفق على أن يحل محله فى حقوقه . وذلك دون حاجة الى الحصول على رضاء المدين وبدون تدخله . وينبغى لتمام الحوالة بارادة الدائن أن يتم الاتفاق على الحلول وقت الوفاء . فاذا لم يصدر من الدائن رضاء بالحول وقت الوفاء . فلن يجدى الموفى بعد ذلك أن يطالب به . ذلك أن الوفاء يقضى على الدين . ومن ثم فلا يجوز أن يعود مرة أخرى . ويشترط للاحتجاج بالحلول على الغير أن تكون المخالصة ثابتة التاريخ ثبوتا رسميا . والحكمة من ثبوت التاريخ هنا تفادى التواطؤ بين الموفى والدائن الموفى له من تقديم تاريخها بقصد اكتساب أسبقية على دائنين آخرين . ولايشترط رضاء المدين بالحول .

٢ - الحلول بالاتفاق مع المدين :

يتصور هذا الحلول بأن يتفق المدين مع شخص من الغير على أن يقرضه مبلغا ليوفى به دين الدائن ويحل محل هذا فى حقوقه . وهكذا يسهل على المدين أن يجد النقود اللازمة للوفاء . وعن طريق الحلول بارادة المدين يستطيع أن يستبدل الدين الحال دينا مؤجلا . أو بفوائد أقل من الدين الأصلى ولكن مما يجب الاشارة اليه أن مسألة الحلول بارادة المدين تنطوى على مخاطر التواطؤ والغش للاضرار بسائر دائنيه .

ولذلك تشدد المشرع فى الشروط التي يتم بها الحلول بارادة المدين والتي يمكن حصر ما فيما يلى :

أ - يجب أن يذكر فى عقد القرض أن المال المقترض انما هو مخصص لوفاء دين الدائن الذى يريد المقرض أن يحل محله فى حقوقه .

ب - يجب أن يذكر فى سند المخالصة من الدائن أن الوفاء كان من هذا أقرضه الدائن الجديد للمدين .

ج - يجب أن يكون عقد القرض وسند المخالصة ثابتا التاريخ . وليس ذلك الا تطبيقا للقواعد العامة فى الاثبات طبقا للمادة ١٥ اثبات " أن الورقة العرفية لاتكون حجة على الغير فى تاريخها الا منذ أن يكون لها تاريخ ثابت " .

٢ - آثار الوفاء مع الحلول :

لكى يمكننا بيان آثار الوفاء مع الحلول لابد لنا من بيان طبيعته القانونية أو بالاحرى اجراء عملية تكييف قانوني للوفاء مع الحلول . ولقد ذهب الفقه القديم فى فرنسا[١] الى التساؤل كيف ينقضى الالتزام بالوفاء وكيف يتسنى لنا بعد ذلك القول بانتقال الحق الذى تم الوفاء به من الدائن الى الموفى . اذ هناك صعوبة فى التوفيق بين انقضاء الحق وبقاؤه فى آن واحد . وأمام هذه الصعوبة ذهب هذا الفقه الى أن ذلك يعتبر افتراضا قانونيا لا أساس له من الواقع . والذى ينتقل الى الموفى

(١) بلانيول وريبير وروان ج ٧ فقرة ٢٤٤ ، د/ كولان وكابيتان فقرة ٥١٥ .

ليس هو الحق ذاته . إذ أن هذا الحق قد انقضى بالوفاء وانما الذى ينتقل هو تأمينات هذا الحق لتكفل حق الموفى فى الرجوع على المدين . ولكن الفقه الحديث سرعان مانبذ هذه الفكرة الافتراضية [١]، وذهب الى القول بأن الوفاء مع الحلول ذو طبيعة مركبة . فهو اذن من جهة أولى وفاء للحق بالنسبة للدائن . اذ أن الدائن يستوفى حقه من الموفى فينقضى الحق بالنسبة له . ومن جهة ثانية هو انتقال للحق بالنسبة للمدين . ذلك أن المدين لم يوف بالدين فلا ينقضى بالنسبة له . بل ينتقل هذا الحق الى الموفى لأنه هو الذى وفى فى مقابل أن يحل الدائن محله . وهذا هو التحليل المنطقى الدقيق لطبيعة الوفاء مع الحلول . وعلي ضوء ذلك يمكن القول أن الحق ينتقل الى الموفى أى أن الموفى يحل محل الدائن . ويعبر عن هذا الانتقال مبدأ حلول الموفى محل الدائن . وهذه هي القاعدة العامة . الا أنه ترد عليه قيود . ومن ثم فلابد من التعرض لقاعدة الحلول والقيود التي ترد عليها .

حلول الموفى محل الدائن :

نصت المادة ٣٢٩ مدنى على هذا الحلول بزن " من حل قانونا أو اتفاقا محل الدائن . كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص . وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات . وما يرد عليه من دفوع . ويكون هذا الحلول بالقدر الذى أداه من ماله من حل محل الدائن " . يتضح من هذا

(١) راجع الأعمال التحضيرية ص ١٨٥ ج ٣ ، د/ البداروى ص ٣٥٢ ، ود/ عمران ص ٢٢٨ ، د/ اسماعيل غانم ص ٣٩٩.

النص أن الغرض الأساسى من الحلول هو تمكين الموفى من الاستفادة من التأمينات التي كانت ضامنة لحق الدائن . الا أن أثر الحلول لايقتصر على ذلك . اذ طبقا لما قرره المشرع سلفا فى هذا النص " من حل قانونا أو اتفاقا محل الدائن كان له حقه ويشمل ما لهذا الحق من خصائص " . فلو كان الحق تجاريا أو كان ثابتا بسندا تنفيذا أوله مدة تقادم خاصة . وكذلك ما يلحقه من توابع مثل الفوائد والتأمينات كالكفالة - الرهن - الامتياز وما يتصل به من أوجه للدفوع مثل البطلان والانقضاء . فالتأمينات أذن تنتقل الى الموفي لأن ذات الحق الضامنة له قد انتقل اليه . وهذا يعنى أن الموفى لايستطيع أن يستفيد من التأمينات الا اذا رجع على المدين بنفس حق الدائن أى بدعوى الحلول . أما اذا رجع على المدين بدعواه الشخصية (الوكالة - الفضالة - الاثراء بلا سبب - القرض) فليس له أن يستند الى التأمينات . ومع ذلك فقد يفضل الموفى الرجوع بالدعوى الشخصية . ومن ذلك حالة ما اذا كانت دعوى الحلول قد استكملت مدة التقادم بالنسبة اليها . اذ أن مدة التقادم لهذه الدعوي تحسب من اليوم الذى يصبح فيه حق الدائن مستحق الأداء . وقد يكون هذا الحق مما يتقادم بتقادم قصير . فيكون من مصلحة الموفى فى هذه الحالة أن يرجع بدعواه الشخصية فهى لاتسقط الا باستكمال مدة التقادم من يوم الوفاء . وقد تكون هذه المدة خمسة عشر عاما . ومن ذلك أيضا ما اذا كان حق الدائن يغل فائدة . أو كانت له فوائد أقل من الفوائد القانونية فيكون من مصلحة الموفى أن

كان وكيلا أو فضوليا أن يرجع على المدين بدعواه الشخصية فتكون له الفوائد القانونية لما أوفى به ويكون حسابها من يوم الدفع ويترتب على الوفاء مع الحلول اذن أن ينتقل حق الدائن الى الموفى ، فيكون للموفى أن يرجع على المدين بحق الدائن . وهذه هى دعوي الحلول . ولكنه لايفقد دعواه الشخصية فيكون له أن يختار بينهما وفقا لمصلحته . ويلاحظ أنه اذا كان حق الدائن مضمونا بتأمين عقارى مما يجب قيده . فلا يحتج على الغير بانتقال هذا التأمين الى الموفى الا بعد أن يؤشر به على هامش القيد الأصلى [1].

قيود ترد على حق الحلول للموفى قبل الدائن :

هناك أحوالا لايكون فيها الحلول كاملا سوف نعرضها على النحو التالي :

هناك أحوالا لايكون فيها الحلول كاملا سوف نعرضها على النحو التالى :

أولا : حالة الوفاء الجزئى :

يقصد بالوفاء الجزئى . اذا كان الموفى لم يؤد للدائن الا بعض الدين . فان حلوله محل الدائن يكون بقدر ماقام بدفعه فقط . والأمر لايخرج عن احدى حالتين :

أ - أما أن يكون الدائن قد ارتضى هذا الوفاء الجزئى سبب

---

(١) راجع المادة ١٩ من قانون الشهر العقارى المصرى .

لانقضاء الدين كله ويكون قد تنازل عن الجزء الباقى . فى هذه الحالة يستفيد المدين دون الموفى بهذا الابراء . أى أن الموفى لايرجع على المدين الا بقدر ما دفعه فعلا . لابقدر الدين كله .

ب - وإما أن يكون الدائن قد ارتضى الوفاء الجزئى دون أن يتنازل عن الجزء الباقى . وهذا يكون للمدين دائنان . الدائن الأصلى بالنسبة للباق\ى . والموفى بالنسبة للجزء الذى أوفى به والذى حل فيه محل الدائن ، وقد أشارت الى ذلك المادة ٣٢٠ /١ مدنى التي نصت على أنه " اذا وفى الغير للدائن جزءا من حقه وحل محله فيه . فلا يضار الدائن بهذا الوفاء . ويكون فى استيفاء مابه له من حق مقدما على من وفاه . مالم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك " .

وأساس هذا النص . تفسير لارادة الدائن . فالغالب أن الدائن لايقبل الوفاء الجزئى من الغير الا بشرط التقدم على الموفى فى استيفاء باقى الدين من المدين ويترتب على ذلك أنه يجوز الاتفاق مع الدائن على أن يكون الموفى على قدم المساواة معه . بل يجوز أن يتفق على أن يتقدم الموفى على الدائن فى الاستيفاء . ويترتب على هذا التعليل . أنه اذا حل شخص آخرمحل الدائن فيما بقى له من حق . كان الموفى الأول والموفى الثاني فى منزله واحدة [1]، اذ لامبرر لأن يفترض انصراف النية الى تقديم أحدهما على الآخر .

---

(١) راجع د/ اسماعيل غانم ص ٤٠٣.

ثانيا : الوفاء من أحد الملزمين بالدين معا :

إنه إذا تم الوفاء بالدين كله من أحد الملزمين به معا . كان له حق رجوع على الباقين بدعوي الحلول ولكن الحلو هنا لن يكون كاملا . فلن يستطيع الموفى أن يرجع على الباقين بكل الدين . اذ يجب أن تخصم [illegible] من الدين . وهو فى رجوعه هذا يؤدى الى تجزئة رجوعه بالباقى بعد استنزال حصته . فلا يستطيع الرجوع على غيره من الملزمين معه بالدين الا بقدر حصة كل منهم . وهذا يكون بالطبع فى حالة ما اذا كان الموفى مدينا متضامنا أو مدينا فى دين لايقبل الانقسام تعدد فيه المدينون أو أحد الكفلاء المتعددين وقد طبق المشرع هذا المبدأ فى المادة ٢٣١ مدنى التي نصت على ": اذا وفى حائز العقار المرهون بكل الدين . وحل محل الدائنين . فلا يكون له بموجب هذا الحقوق أن يرجع على حائز عقار آخر مرهون فى ذات الدين الا بقدر حصة هذا الحائز بحسب قيمة ما حازه من عقار " . فيتضح من هذا النص أنه يعرض لحالة تكون فيها عدة عقارات مرهونة لضمان ذين واحد . ثم انتقلت ملكية هذه العقارات الى أشخاص متعددين ففى هذه الحالة يكون كل من هؤلاء ملزما بوفاء الدين عن المدين نتيجة للرهن الذى يثقل عقاره . فاذا وفى أحدهم بالدين كله حل محل الدائن فى الرجوع على سائر الحائزين الذين انتقلت اليهم ملكية العقارات الآخرى . ولكن ليس لهم طبقا لهذا النص أن يرجع على كل منهم الا بقدر نصيبه فى الدين بحسب

قيمة ما حازه من عقار . فاذا كان الدين مثلا ٣٠٠٠ جنيه وكان مضمونا برهون ثلاثة . أحدهما على عقار قيمته ٣٠٠٠ جنيه . والثانى على عقار قيمته ٢٠٠٠ جنيه . والثالث على عقار قيمته ١٠٠٠ جنيه ثم وفى حائز العقار الأول بالدين كله . كان له الرجوع على حائز العقار الثاني بملغ ١٠٠٠ وعلى حائز العقار الثالث بمبلغ ٥٠٠ جنيه . وتبقى ١٥٠٠ جنيه هى بمقدار نصيبه هو فى الدين بحسب قيمة عقاره . هذا عن القاعدة والقيود التى ترد عليها . ومما هو جدير بالذكر أن هذه القاعدة لاتطبق الا بحيث يرجع الموفي على المدين بدعوى الحلول . أما اذا رجع عليه بدعواه الشخصية فانه لا وجه لتفضيل الدائن عليه . الا اذا كان له سبب خاص للتفضيل طبقا للقواعد العامة [١] .

الفرق بين الوفاء مع الحلول وحوالة الحق :

ان فكرة انتقال الدين من الدائن الى الموفى هى التى تقرب ما بين الوفاء مع الحلول وحوالة الحق . الا أن هناك اختلافا كبيرا من حيث الغرض والهدف بين كلاهما . فحوالة الحق تفترض فى غالب الأحوال أن هناك شخصا يتقدم لشراء الحق بأقل من قيمته . اما لأنه مؤجل ولم يحل أجله بعد . واما لأن استيفاء الحق تقوم فى سبيله عقبات أو صعوبات . ولذلك فيغلب أن يكون المحال اليه مضاربا أو مستثمرا يشترى الحق بملبغ أقل من قيمته ثم يرجع علي المدين بقيمة الدين كاملا .

---

(١) راجع د/ البدراوى ص ٣٥٦.

أما فى الوفاء مع الحلول فان الغالب أن يكون الموفى قد داخل بدافع تقديم خدمة الى المدين . فهو يتدخل عند حلول الأجل ومطالبة الدائن له . ليأخذه بيده وينقذه من خطر التنفيذ عليه . فيقوم بالوفاء عنه . ثم هو لايعود عليه فى الغالب الا عند الميسرة . ولذلك فهو لايرجع على المدين الا بمقدار ما أوفى فقط الا بقيمة الدين كما سبق القول . فالموفى عن الغير لايتدخل بقصد المضاربة . الا أن فى بعض الأحوال قد يكون الموفي فى الوفاء مع الحلول [١]، يقصد الى استثمار ماله . وعندئذ يقترب النظامان من حيث الهدف . الأمر الذى قد يدعو الى القول بانه يمكن الاستغناء عن نظام الوفاء مع الحلول ، ولكن حقيقة الواقع تؤكد أن لهذا النظام فائدته وأهميته . من حيث أنه يمكن باتفاق مع المدين ودون حاجة الى رضاء الدائن . على خلاف الحال فى حوالة الحق فلابد فيها من رضاء الدائن بالحوالة . ومع ذلك يمكن اجمال الفروق بين حوالة الحق والوفاء مع الحلول على النحو التالى :

أولا : من حيث الانعقاد والنفاذ :

لاتنعقد حوالة الحق الا باتفاق الدائن والمحال له . فرضاء الدائن شرط للانعقاد . أما الوفاء مع الحلول فقد يتم باتفاق الدائن والموفى . وقد يتم أيضا بدون رضاء الدائن . بارادة المدين ذاته أو بموجب نص فى القانون [٢]. وأما من حيث النفاذ فان حوالة الحق لاتنفذ فى حق المدين

(١) راجع الحلول القانونى الفصل الأول من الباب الخامس من هذا المؤلف والمادة ٣٢٦ مدنى .
(٢) راجع الحلول القانوني الفصل الأول من الباب الخامس من هذا المؤلف والمادة ٣٢٦ مدنى

والغير الا برضاء المدين أو اعلانه . أما الوفاء مع الحلول فهو نافذ فى حق المدين وحق الغير دون اجراء ما .

ثانيا : من حيث الأثار :

سبق أن ذكرنا أن المحال له يحل محل المحيل فى حقوقه . وكذلك من أوفى بدين الغير . وينبغى أن نلاحظ أن رجوع من أوفى بدين الغير يكون له دعوي الحلول والدعوي الشخصية . فهو دائن للموفى عنه بسبب واقعة الوفاء ومصدر هذه الدعوي هو الوكالة أو الفضالة أو الاثراء بلا سبب . فللموفى اذن دعويان . أما المحال اليه فى حوالة الحق فليس له الا دعوي واحدة فقط هى دعوي الحق الذى انتقل اليه .

الفصل الثانى

إنقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

تمهيد :

فكما ينقضى الالتزام بالوفاء وهذا هو تنفيذ الالتزام تنفيذا عينيا . يمكن أن ينقضى بما يعادل الوفاء . ولقد عالج المشرع طرق انقضاء الدين بما يعادل الوفاء فى المواد من ٣٥٠ حتى ٣٧٠ مدني مصرى وحدد هذه الطرق تحت حصر هى : الوفاء بمقابل - التجديد والانابة - المقاصة - اتحاد الذمة . وسوف نتتبع الخطة التشريعية التي نظمها المشرع لكل طريق من هذ الطرق فى مبحث مستقل به .

المبحث الأول

الوفاء بمقابل

النص التشريعي :

نصت المادة ٣٥٠ مدنى " اذا قبل الدائن فى اسيتفاء حقه مقابلا استعاض به عن الشئ المستحق قام هذا مقام الوفاء " .

يتضح من هذا النص أنه يقصد بالوفاء بمقابل[١] أنه وفاء يتم عن طريق قبول الدائن عوضا عن تنفيذ الالتزام أداء شئ آخر غير ما يستحق أصلا . والصورة الشائعة للوفاء بمقابل هى أن يكون المدين ملزما بدفع مبلغ من النقود ويعجز عن دفعه . فيقدم بدلا منه شيئا آخر كنقل ملكية شئ أو حق عينى . والعكس صحيح . ولما كان المشرع أوجز أحكام الوفاء بمقابل من ثم لابد من بيان هذه الأحكام من حيث طبيعته القانونية وشروطه وآثاره وذلك علي النحو التالى :

١ - الطبيعة القانونية للوفاء بمقابل :

اختلف الفقه فى تحديد طبيعة الوفاء بمقابل فذهب البعض[٢]، إلى أن الوفاء بمقابل هو اتفاق بين الدائن والمدين على تغيير محل

---

(١) مازو المرجع السابق ص ٣٣٢ فقرة ٨٩٣ الجزء الثانى - مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٣ ص ٢٣٤ .

(٢) مازو المرجع السابق ص ٣٣٢ فقرة ٨٩ الجزء الثانى - مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٣ ٢ ٢٣٤ .

الالتزام الأصلي بمحل آخر . فكما يمكن تجديده بتغيير أحد طرفيه الدائن أو المدين . فانه يمكن تجديد الالتزام بتغيير المحل [١]. وهذا يعني أن الوفاء بمقابل هو اتفاق بين الدائن والمدين على تغيير المحل الأصلي بمحل جديد . وهذا هو التجديد . وبمقتضاه ينقضي الدين الأصلي وتنقضي معه تأميناته . فالذى يؤدى الى انقضاء الدين هو هذا التجديد . وبعد ذلك تأتى خطوة وفاء الالتزام الجديد إلى المحل الجديد بتقديم المقابل عليه . وبذلك يتم الوفاء بمقابل . ولكن يؤخذ على هذا الاتجاه . أن التجديد يقضى على الالتزام القديم بانشاء التزام جديد يحل محله ويبقى هذا الالتزام الجديد بعد انقضاء الالتزام الأول . فى حين أن الوفاء بمقابل يقتضي حصول التنفيذ وقت الاتفاق مباشرة . فثمة شرط جوهري لوجود الوفاء بمقابل هو أداء الموفى بعوض . بأن ينقل الى الدائن حق الملك فيه فى الحال وليس يكفي على وجه الاطلاق مجرد الالتزام بذلك . بينما ذهب اتجاه آخر تزعمته [٢].

محكمة النقض المصرية الى أن الوفاء بمقابل هو بيع تعقبه مقاصة أو مقايضة ولايتضح ذلك فلو أن محل الدين كان مبلغا من النقود وقبل الدائن بدلا منه ملكية شئ كان معني هذا أن المدين يبيع للدائن هذا الشئ مقابل ثمن يساوى الدين . ثم تقع المقاصة بين الثمن الذى

---

(١) راجع د. محمد على عمران - ص ٢٤١ - ٢٤٢ .

(٢) بلانيول وريبير وروان فقرة ١٢٤٩ ص ٦٥٩ ، السنهورى ج ٣ الوسيط فقرة ١٨٠.

يستحقه المدين ومبلغ الدين الذى يستحقه الدائن . فاذا كان الدين الأصلى محله أيضا نقل ملكية شئ ثم وقع وفاء بتقديم شئ آخر كان الوفاء مع الحلول مقايضة [١]. ولكن هذا الاتجاه يمكن الاعتراض عليه من زوايتين الأولى : أن هذا التكييف لاينطبق على جميع الالتزامات ، فقد يكون محل الالتزام الأصلى القيام بعمل معين ، وبعد ذلك تم الوفاء بمقابل فلا يمكن القول باننا بصدد عقد بيع لعدم وجود ثمن نقدى وليس هناك مقايضة أيضا لأن المقايضة هى نقل ملكية شيئين على سبيل التبادل . والثانية . أن هناك من أحكام البيع مالا ينطبق على الوفاء بمقابل . وأبلغ دليل على ذلك أن المدين الذى يقدم شيئا فى مقابل دين يعتقد مديونيته به . على حين أنه غير موجود فى الحقيقة والواقع أنه يتسطيع أن يسترد الشئ بذاته لانعدام السبب . وفى خضم هذا الخلاف الفقهى ذهب اتجاه أخير [٢]. يرى أن الوفاء بمقابل هو تمليك عين فى مقابل دين . أى أنه عقد خاص يقصد به تمليك عين فى مقابل دين. وهذا العقد يترتب عليه نقل ملكية المدين وانقضاء الدين للمدين . واذا تبين عدم وجود الدين فان العقد يكون باطلا لانعدام السبب . وينطبق على هذا العقد باعتباره من عقود التمليك بعوض أحكام البيع . لأن أحكام البيع قد شملت العقود الناقلة للملكية . والقاعدة العامة فى القانون المدنى أن العقود غير المسماه تخضع

---

(١) راجع نقض مدنى ١٩٤٤/٥/١٨ مجموعة عمر ج ٤ ص ٣٨٥ بند ١٣٩ .

(٢) راجع د/ البدراوى عقد البيع فى القانون المدنى ١٩٦١ ص ٧٥ بند ٥٢ .

لأحكام العقود المسماة التي تشاركها فى خصائصها الجوهرية . ونرى ترجيح هذا الاتجاه الأخير وذلك لسلامة الأساس القانونى الذى بنى عليه واتساقه مع القواعد العامة فى التطبيق .

٢ - شروط الوفاء بمقابل :

حتي يمكن القول بوجود وفاء بمقابل لابد من توافر شرطين هما :

أولا : وجود اتفاق على نقل ملكية شئ أو انشاء حق عينى عوضا عن تنفيذ الالتزام .

ثانيا : تنفيذ هذا الاتفاق فورا بنقل ملكية هذا الشئ والحق العينى .

١ - وجود اتفاق على تقديم ملكية شئ أو حق عينى عوضا عن المحل الأصلى :

لايمكن اجبار المدين على قبول الوفاء بشئ غير المستحق له أصلا . ومن ثم فلابد من الاتفاق بين الدائن والمدين على ذلك . والاتفاق يمكن أن يكون صريحا ويمكن أن يكون ضمنيا أى يستفاد من الدلالة عليه [١]، ومن هنا لابد من توافر الأهلية الكاملة للدائن والمدين.

فيجب أن يتوافر فى الدائن أهلية استيفاء الدين ويجب أن يتوافر

---

(١) راجع د/ اسماعيل غانم ، المرجع السابق ص ٤٦٤ .

فى المدين ليس فقط أهلية وفاء الدين . بل أهلية التصرف فى الشئ الذى يقدمة وفاء للدين . كما يجب أن تكون ارادة الطرفين خالية من عيوب الارادة (الغلط - الاكراه - التدليس - الاستغلال) كما يجب أن يكون للاتفاق محل معين وسبب صحيح مشروع . وأما عن المحل بالذات فلابد أن يتوافر له شرطان : الأول : أن يكون شيئا جديدا أى لم يدخل منذ البداية ضمن الالتزام الأصلى . وبهذا يختلف الوفاء بمقابل عن الالتزام الذى يتعدد فيه المحل عند نشوئه أو وفائه . فتقديم أحد الشيئين فى الالتزام البدلى أو التخييرى لايعد وفاء بمقابل . لأن الشئ داخل أصلا فى نطاق الالتزام الأصلى والشرط الثانى : هو أن يكون نقل ملكية أو تقرير حق عينى كالانتفاع . فلا يصح أن يكون البديل التزاما بعمل أو بامتناع عن عمل أو نقل حق شخصى . فإذا قدم المدين لدائنه دينا له فى ذمة الغير عرضا عن حقه لم تكن بصدد وفاء بمقابل . بل أمام حواله حق . أو انابة فى الوفاء . وذلك مالم يكن هذا الحق الشخصى قد اندمج فى سند لحامله . اذ يعتبر تسليم السند بمثابة نقل الملكية . نظرا لأن الحق المثبت فى سند كامله يصبح أقرب مايكون إلى الشئ المادة له أو كما يعتبر عنه فقه القانون التجارى أو الحق هنا يندمج فى الصك [١].

واذا قدم المدين عرضا عمل للدائن فإننا نكون بصدد تجديد للدين

(١) راجع د/ البدراوى ، المرجع السابق ص ٣٦٧ .

بتغير محله وليس وفاء بمقابل . فيجب اذن أن يكون محل البديل فى الوفاء بمقابل هو نقل ملكية شئ أو انشاء حق عينى فى مقابل الدين .

٢ - وجوب تنفيذ الاتفاق بنقل الملكية فورا :

لكى يتحقق الوفاء بمقابل يجب أن ينفذ الاتفاق فورا بنقل الملكية من المدين إلى الدائن . فإذا تم الاتفاق . ولكن اتفق على تأجيل تنفيذه لم نكن بصدد وفاء بمقابل . اذ لانكون هنا أمام وفاء للالتزام .وانما أمام اتفاق يستبدل به المدين التزاما جديدا بالالتزام الأصلى . وهذا هو التجديد .

٣ - آثار الوفاء بمقابل :

لما كان الوفاء بمقابل عمل مركب[1] أى مزيج بين انتقال الملكية والوفاء فأنه يسرى عليه أحكام الملكية والوفاء وهذا ماورد النص عليه فى الماده ٣٥١ مدنى . يسرى على الوفاء بمقابل . فيما اذا كان ينقل ملكية شئ أعطى فى مقابله الدين أحكام البيع وخصوصا ماتعلق منها بأهلية المتعاقدين وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفيه ويسرى عليه من حيث أنه يقضى الدين أحكام الوفاء . وبالأخص ماتعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات " وسوف نعرض فيما يلى لهذه الأحكام تفصيلا فيما يلى :

(١) د/ محسن شفيق الأوراق التجارية ١٩٥٨ ص ١١٢ .

(أ) أثار الوفاء بمقابل باعتباره ناقلا للملكية :

يترتب على الوفاء بمقابل ناقلا للملكية (تمليك عين فى مقابل دين)مايلى : -

١ - اذا لم يكن المقابل غير مملوك للمدين واسترده المالك له . فإن الدين الأصلى لايعود . اذ أن الدين يكون قد انقضى بالوفاء . ولكن يكون للدائن الرجوع على المدين طبقا لأحكام ضمان الاستحقاق المقرره فى عقد البيع . وهذا الضمان يؤدى إلى تعويض الدائن عن جميع الأضرار التى لحقته [١].

٢ - اذا كان فى المقابل عيبا خفيا فأن الدائن يرجع على المدين بضمان العيوب الخفية [٢].

٣ - اذا كان الشئ المقدم مقابل للوفاء عقارا فإن الوفاء بمقابل لاينتج أثره الا بتسجيل العقد المتضمن هذا الوفاء .

٤ - اذا استحق المدين الموفى معدلا نقديا . كان حقه فى استيفاء هذا المعدل مضمونا بامتياز البائع على هذا العقار .

(ب) آثار الوفاء بمقابل باعتباره وفاء :

يترتب على الوفاء بمقابل باعتباره وفاء مايلى :

---

(١) راجع المراد ٤٤٣ مدنى ومابعدها .

(٢) راجع المواد ٤٤٧ مدنى ومابعدها .

١ - زوال التأمينات التى كانت للمدين الأصلى . ولاتعود حتى ولو استحق المقابل فى يد الدائن . لأن الدين الأصلى قد انقضى بكل تأميناته .

٢ - تنطبق أحكام الوفاء فيما يتعلق بخصم المدفوعات عندما تتعدد الديون فى ذمة المدين .

٣ - اذا اتضح أن الدين غير موجود تنطبق أحكام الوفاء أى يكون للموفى أن يسترد ما أوفاه بدعوى استرداد مادفع بدون وجه حق .

٤ - يخضع الوفاء بمقابل من حيث الطعن بالدعوى البوليصية لأحكام الوفاء .

المبحث الثانى

التجديد والانابة

تمهيد :

عالج المشرع المصرى التجديد والانابة فى الفصل الخاص بتجديد الالتزام معا . وذلك لأن الانابة فى صورتها تنطوى على تجديد للالتزام . وتمت هذه المعالجة التشريعية فى المواد : ٣٥٢ حتى ٣٦١ مدنى .ولكن لكل منهما أحكامه الخاصة به . ومن ثم سوف نعالج كل على حده فى مطلب خاص .

المطلب الأول

التجديـــد

أولا : ماهية التجديد :

يقصد بالتجديد احلال دين جديد محل الدين القديم . وهذا الدين الجديد يختلف عن القديم اما فى محله أو فى مصدره أو فى أحد طرفيه وتقتصر أهمية التجديد على الشرائع التى تنص عليه فقط وخصوصا على حالة التجديد بتغير محل الدين . اذ يمكن الاستعاضه عن تغير الدائن باللجوء إلى حوالة الحق . ويمكن كذلك الاستغناء عن التجديد باستبدال المدين باللجوء إلى حواله الدين . ويقوم الوفاء بمقابل بالدور الذى كان يقوم به تجديد الدين بتغيير محله [١].ومن هنا فقد تناقصت أهمية التجديد إلى حد كبير . فالتجديد اذن هو الاتفاق على أن يستبدل التزام قديم بالتزام جديد يقوم مقامه . فهو اذن وفى آن واحد سبب من أسباب انقضاء الالتزام القديم وسبب من أسباب انشاء الالتزام الجديد .

ثانيا : شروط التجديد :

يشترط لتمام التجديد توافر شروط ثلاث هى :

١ - الاتفاق على التجديد .

---

(١) أغفلت بعض الشرائع مثل التشريع الألمانى النص على التجديد . بينما قلت أهمية فى البعض الآخر مثل التشريع السويسرى فلم يتناوله الا فى مادتين فقط .

٢ - احلال التزام جديد محل التزام قديم .

٣ - تحوير فى الالتزام القديم يؤدى إلى اختلاف بين الالتزاميين فى أحد العناصر . وسوف نعرض لكل منهما على حده .

وجود اتفاق على الجديد :

لابد أن يكون هناك اتفاق بين الأطراف على التجديد . ويقصد بالأطراف جميع أطراف الالتزام القديم وأطراف الالتزام الجديد . وقد يكون طرفا الالتزام الجديد هما طوفى الالتزام القديم . وذلك فى حالة التجديد بتغيير محل الدين أو مصدره . وقد يدخل فى الاتفاق شخص ثالث غير الدائن والمدين فى الالتزام القديم . ويكون ذلك فى حالة التجديد بتغيير الدائن . أو تغيير المدين . وهنا يجب رضاء هذا الشخص الثالث أيضاً . فضلا عن رضاء طرفى الالتزام القديم . واستثناء من ذلك ورد النص فى المادة ٢/٣٥٢ مدنى أن التجديد بتغيير المدين يمكن أن يتم باتفاق الدائن مع المدين الجديد على أن يحل هذا محل الدين القديم ودون حاجة إلى رضاء ذلك المدين ويجب أن يكون هذا الاتفاق خاليا من عيوب التراضى (الغلط - التدليس - الاكراه - الاستغلال) والا كان عقد التجديد قابلا للابطال لمصلحة صاحب الارادة المعيبة [١].كما يجب أن يكون الرضاء صادرا من شخص ذو أهلية لمباشرة الاتفاق على التجديد . والأهلية اللازمة للتجديد هى

(١) راجع د/ البدراوى ص٣٧٤.

أهلية مباشرة الأعمال الدائرة بين النفع والضرر . سواء بالنسبة للدائن أو بالنسبة للمدين فى الالتزام القديم . وبالنسبة للولاية يلزم توافر سلطة التصرف . اذ أن التجديد عمل من أعمال التصرف فلا يباشره من أوتى سلطة الادارة فقط وأخيرا يلزم لتمام التجديد أن توجد لدى الطرفين نية التجديد وأن تثبت هذه النية بشكل واضح . فالتجديد لايفترض وانما يجب الاتفاق عليه صراحة أو ضمنا بأن يستخلص من ظروف الحال . واذا قام شك حول وجود تجديد من عدمه فإنه يفسر ضد وجود التجديد[1] .ولنا أن نتسائل عن السبب الذى من أجله أوجب المشرع الاتفاق صراحة أو ضمنا على التجديد ؟

تكمن الاجابة فى الواقع التطبيقى اذ أن التجربة أثبتت أن اقامة الدليل على وجود نية التجديد كثيرا ماتكون محلا لصعوبات كثيرة . ومثل ذلك أن الدائن والمدين عندما ينشئان التزاما جديدا . فقد يثور الشك حول ما اذا كانا يقصدان إلى احلال هذا الالتزام الجديد محل الالتزام القديم . فقد يكون المقصود أحد أمور ثلاثة : قد يقصد الطرفان إلى مجرد تأييد وتثبيت الالتزام القديم . وعندئذ لايوجد ثمة تجديد بل مجرد تأييد لالتزام قائم . وقد يقصد أن فى فرض ثان إلى انشاء التزام جديد يقوم إلى جانب الالتزام القديم فيكون ثمة التزامات . وقد يقصدان فى فرض ثالث : إلى أن يحل الالتزام الجديد محل الالتزام القديم أو

(١) راجع د/ محمد على عمران ص٢٥٠ .

بعبارة أخرى إلى انقضاء الالتزام القديم عن طريق انشاء التزام جديد يحل محله . وفى هذا الفرض الأخير يكون ثمة تجديد للالتزام . ومن هنا نستطيع القول أنه لابد من اقامة الدليل على أن انشاء الالتزام الجديد كان سببه والغرض الدافع اليه هو اسقاط الالتزام القائم . وهذا الاثبات قد يكون عسيرا فى بعض الاحيان ومن هنا تأتى الحكمة التشريعية من أن التجديد لايفترض وانما لابد من النص عليه صراحة أو الاتفاق سواء كان صراحة أو ضمنا . وهذه مسأله اثبات تخضع لتقدير ورقابة قاضى الموضوع دون أن يخضع فى مباشرتها لرقابة محكمة النقض [1].

٢ - حلول الالتزام الجديد محل الالتزام القديم :

التجديد كما سبق أن ذكرنا هو استبدال التزام بأخر قديم . ومن ثم لابد من وجود التزام قديم . ونشوء التزام جديد . ويكون هناك احلال للالتزام الجديد محل الالتزام القديم .

(أ) وجود التزام قديم :

من المنطقى لكى يكون هناك تجديد يجب أن يكون هناك ثمة التزام قديم موجود وقائم يراد انقضاؤه عن طريق التجديد . ولهذا يجب أن يكون هذا الالتزام قد نشأ عن عقد صحيح . فإن كان باطلا فبالتالى لايجوز التجديد واذا كان الالتزام ناشئا عن عقد قابل للابطال فهل يجوز تجديده ؟ اذا اتفق على التجديد لمثل هذا الالتزام . فإنه يجوز تفسيره

(١) راجع نقض مدنى ١٩٤٨/١٢/٢٣ مجموعة عمر جـ٢ ص٩٣ رقم ٣٦ .

على أنه نزول عن التمسك بالبطلان من قبل صاحب المصلحة . فمن المعلوم سلفا أن البطلان النسبى (القابلية للابطال) يزول بالاجازة . ومثل ذلك أن يعقد قاصرا عقدا وعند بلوغة لايتمسك بالابطال وانما لكى ينهى عند الالتزام الناشئ من هذا العقد القابل للابطال يقوم بتجديده بالتزام آخر . وقد أشار المشرع المصرى صراحة إلى هذا الحكم فى عجز المادة ٣٥٣ مدنى التى نصت على أنه " لايتم التجديد الا اذا كان الالتزامان القديم والجديد وقد خلا كل منهما من أسباب البطلان . أما اذا كان الالتزام القديم ناشئا عن عقد قابل للابطال فلا يكون صحيحا الا اذا قصد بالالتزام اجازة العقد وأن يحل محله " .

ولكى يفسر التجديد على أنه نزول عن الابطال واجازة للعقد يجب بالطبع أن تتجه الارادة إلى ذلك . ولا يأتى هذا بالطبع الا اذا كان من له حق التمسك بالابطال عالما بهذا الحق وقاصدا النزول عنه . والا بقى التجديد مهددا بالابطال اذا تمسك صاحب الشأن .

(ب) نشوء الالتزام جديد :

يجب أن ينشأ الالتزام جديد / ويجب أن يكون هذا الالتزام ناشئا عن عقد صحيح حتى يكون هناك ثمة تجديد . فإذا نشأ هذا الالتزام باطلا لم يكن هناك محالا للتجديد . واذا نشأ عقد قابل للابطال فإن العقد والتجديد يظلان صحيحا . الا أنه اذا قضى بالابطال بناء على طلب صاحب المصلحة فيه . فإنه بموجب قاعدة الأثر الرجعى يزول

التجديد ويعود الالتزام القديم بأثر رجعى . أى يعتبر التجديد كأن لم يكن .

(جـ) احلال الالتزام الجديد محل الالتزام القديم :

لايكفى لتمام الإحلال أن ينقضى التزام وينشأ التزام آخر . بل لابد أن يكون انقضاء الالتزام القديم مؤقوفا على نشؤ الالتزام الجديد . وأن الالتزام الجديد لا ينشأ الا بانقضاء الالتزام القديم . فالقصد من التجديد هو احلال التزام محل التزام آخر . أما اذا لم تكن ثمة علاقة بين نشؤ الالتزام الجديد وانقضاء الالتزام القديم فلا يكون هناك تجديد .

٣ - وجود اختلاف بين الالتزاميين فى أحد عناصره :

من المعلوم سلفا أن عناصر الالتزام هى : أطرافه (الدائن والمدين - المحل أو السبب (الدين) . وقد أشار المشرع صراحة إلى ذلك فى المادة ٣٥٢ مدنى أن الدين يتجددبتغيير الدائن أو المدين أو الدين . فالتجديد قد يكون بتغير الدائن أو تغيير الدين .

(أ) التجديد بتغيير الدائن :

وذلك اذا اتفق الدائن والمدين وأجنبى على أن يكون هذا الأجنبى هو الدائن الجديد [١]. وهناك فروق جوهرية بين التجديد بتغيير الدائن وحوالة الحق . ففى الحالة الأخيره ينتقل ذات حق الدائن إلى المحال له بكافة خصائصة وتوابعة ودفوعة وتأميناته . أما فى التجديد بتغيير

(١) زنظر د/ إسماعيل غانم ، السابق ص ٣٥٦.

الدائن فيترتب عليه انقضاء حق الدائن الأصلى وانشاء حق جديد للدائن الجديد . ولذلك فالأصل الا يكون للدائن الجديد الاستفاده من التأمينات التى كانت ضامنه للالتزام القديم . هذا بالاضافة إلى أنه فى حوالة الحق لايشترط قبول المدين بل اعلانه . فى حين أن التجديد بتغيير الدائن لابد فيه من اتفاق الثلاثة المدين والدائن الجديد .

ولذلك لايلجأ فى العمل إلى هذا النوع من التجديد الا نادرا اذ يفضل الأطراف الحق فى غالب الأحوال .

(ب) التجديد بتغيير المدين :

يكون هذا التغيير باحدى طريقتين نص عليهما المشرع فى المادة ٢/٣٥٢ مدنى :

١ - أن يتفق الدائن مع أجنبى على أن يكون هذا الأجنبى مدينا مكان المدين الأصلى بحيث تبرأ زمة الأخير . وهذا مايطلق عليه التعهد بالوفاء ولاحاجة فيه إلى الحصول على رضاء المدين الأصلى .

٢ - أن يحصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبى قبل أن يكون هو المدين الجديد على أن تبرأ ذمة المدين الأصلى ويطلق عليه الانابة الكاملة بالوفاء (١) . ويختلف التجديد بتغيير الدين عن حوالة

---

(١) راجع د/ اسماعيل غانم ص٤٥٧ .

الدين فى أن المدين الجديد يلتزم بالتزام جديد . أما الالتزام القديم فقد انقضى بتأميناته وصفاته ودفوعة بالتجديد .

(جـ) التجديد بتغيير الدين :

نص المشرع فى المادة ٢/٣٥٢ مدنى على أن " يتجدد الالتزام بتغيير الدين اذا اتفق الطرفان على أن يستبدلا بالالتزام الأصلى التزاما قائما جديدا يختلف عنه فى محله أو مصدره " . فالتجديد بتغيير الدين يتم اذن باتفاق بين الدائن والمدين . وهو قد يكون بتغيير محل الالتزام . كما لو اتفقا على أن يلتزم المدين بالقيام بعمل معين أو نقل ملكية عين بدلا من الالتزامه بدفع مبلغ من النقود . وقد يكون بتغيير مصدر الالتزام . مثل ذلك أن يستبقى المستأجر أو المشترى الأجرة أو الثمن على سبيل القرض .

ثالثا : آثار التجديد :

نص على هذه الاثار المادة ١/٣٥٦ مدنى " يترتب على التجديد أن ينقضى الالتزام الأصلى بتوابعة وأن ينشأ مكانه التزام جديد " . يتضح من هذا النص أن للتجديد [٢]أثران أحدهما يسمى الأثر المسقط والآخر يسمى الأثر المنشئ

(١) راجع د/ محمد على عمران ص٣٤٥ .
(٢) راجع د/ البدراوى ص٣٨٣ .

(أ) الأثر المسقط للتجديد :

يترتب على التجديد انقضاء الالتزام القديم . وهو يسقط بملحقاته وتوابعة . ويترتب على ذلك سقوط التأمينات الضامنه له . فيبرأ الكفلاء وتسقط الرهون والامتيازات الضامنه له . ويكون هذا السقوط نهائيا بغير عودة . بمعنى أنه اذا لم يقم المدين بوفاء الدين الجديد لم يكن للدائن أن يرجع على كفلاء الدين الأصلى ولا على الأموال التى كانت ضامنة له . واذا اتفق مثلا على استبدال قرض بدين الثمن ولم يقم المشترى بدفع الدين لم يكن للبائع طلب فسخ البيع ولا التنفيذ على المبيع بما له من حق امتياز وانما يصبح دائنا عاديا .

(ب) الأثر المنشئ للتجديد :يترتب على التجديد من جهة آخرى نشوء دين جديد له خصائصه الذاتية . فقد لايكون مضمونا بتأمين فى حين أن الدين الأصلى كان كذلك وقد تكون مدة تقادمه أطول أو أقصر من مدة تقادم الدين القديم ويلاحظ أن الالتزام الجديد يكون دائما التزاما تعاقديا مصدره عقد التجديد فى حين أن الالتزام القديم قد يكون مصدره غير العقد . ويترتب على هذا الأثر المنشئ للتجديد خصوصا عندما يكون التجديد بتغيير الدائن .أن المدين لايستطيع أن يحتج على الدائن الجديد بالدفوع التى كان يستطيع أن يتمسك بها فى مواجهة الدائن الأصلى . ولايرد على هذا المبدأ قيد الا حيث يكون الدين الأصلى به سبب من أسباب البطلان . فإذا كان الالتزام القديم ناشئا عن عقد باطل

فأن التجديد يكون باطلا أيضاً [1] فإذاكان العقد الناشئ منه الالتزام الأصلى قابلا للابطال . كان للمدين طلب الابطال فيسقط التجديد بعد الحكم بابطال العقد . الا اذا تبين أن المدين كان قد قصد بالالتزام الجديد اجازة العقد والنزول عن حق فى طلب الابطال [2].

جواز الاتفاق على بقاء التأمينات :

أجاز المشرع لذوى الشأن الاتفاق على استمرار التأمينات لتضمن الدين الجديد . وذلك تخفيفا للعيوب التى تشوب نظام التجديد وهذا ما أكده المشرع صراحة فى المادتين ٣٥٧ و ٣٥٨ مدنى مصرى . فقد نصت المادة ١/٣٥٧ مدنى " اذا كانت هناك تأمينات عينيه قدمها المدين لكفالة الالتزام الأصلى . فان الاتفاق على نقل هذه التأمينات الى الالتزام الجديد تراعى فبه الأحكام الآتية :

(أ) اذا كان التجديد بتغير الدين جاز للدائن والمدين أن يتفقا على انتقال التأمينات للالتزام الجديد فى الحدود التى لاتلحق ضرر بالغير .

(ب) اذا كان التجديد بتغيير المدين . جاز للدائن والمدين الجديد أن يتفقا على استبقاء التأمينات العينية دون حاجة إلى رضاء المدين القديم .

---

(١) راجع د/ البدراوى المرجع السابق ص٣٨٤ .

(٢) راجع المادة ٣٥٣ مدنى مصرى .

(جـ) اذا كان بتغيير الدائن جاز للمتعاقدين ثلاثتهم أن يتفقوا على استبقاء التأمينات .

ثم جاءت الفقرة الثانية من ذات المادة ٣٥٧ مدنى ونصت على أنه " لايكون الاتفاق على نقل التأمينات العينية نافذا فى حق الغير الا اذا تم مع التجديد فى وقت واحد . " يتضح من هذا أنه فى جميع الأحوال المشار اليها سلفا فى الفقرة الأولى من هذا النص أنه لايكون الاتفاق على نقل التأمينات العينية فافذا فى حق الغير الا اذا تم مع التجديد فى وقت واحد . هذا مع مراعاة الأحكام المتعلقه بالتسجيل . ذلك أنه لو تم الاتفاق على التجديد دون اتفاق على نقل التأمينات . فإن الدين القديم ينقضى ومعه تأميناته . فلا يمكن بعثها هى نفسها من جديد[1] . ولابد أن يكون تاريخ الاتفاق ثابتا على وجه رسمى حتى يمكن الاحتجاج به على الغير . وعلاوة على ذلك فأنه يجب التأشير فى هامش القيد الأصلى بالاتفاق على انتقال الإلتزام . اذ هو ينتقل بمرتبته الأصلية لضمان الالتزام الجديد .

ثم جاء نص المادة ٣٥٨ مدنى واشترط لانتقال التأمينات المقدمه من الغير سواء كانت عينية أم شخصية رضاء الكفلاء والمدينون المتضامنون .

---

(١) راجع د/ البدراوى ص٣٨٦ هامش ١ " القانون المصرى اقتصر على التأمينات الاتفاقية دون حقوق الامتياز ولذلك لايجوز الاتفاق على نقل حق الامتياز بواسطة القانون بالنظر لصفة الدين على خلاف القانرن الفرنسى فقد أضاف حقوق الامتياز ." مشار اليه فى السنهورى جـ٣ بند ٥٠٦ .

المطلب الثانى

الانابة فى الوفاء

ماهية الانابة فى الوفاء :

فى واقع الأمر تعتبر الانابة فى الوفاء احدى صور التجديد بتغيير المدين . ولذلك تناولها المشرع بالتنظيم مع التجديد فى آن واحد[١] والانابة هى عمل قانونى يفترض وجود ثلاثة أشخاص هم : المنيب (المدين) المناب (الشخص الأجنبى) - المناب لديه (الدائن) . وهى تتم طبقا لنص المادة ١/٣٥٩ مدنى . اذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبى يلتزم بوفاء الدين مكان المدين . ولاتقتضى الانابة أن تكون هناك مديونية سابقة مابين المدين والأجنبى . ولكن غالب الأحوال أن تكون هناك مديونية سابقة بين المدين والأجنبى . وبسبب هذه المديونية يوتضى الأجنبى الانابة ليقضى عن طريقها دينه قبل المدين . ومثل ذلك أن البائع يكون قد أناب المشترى فى أن يدفع ماعليه من ثمن لدائن البائع .

صور الانابة فى الوفاء :

استقرت أراء الشراح فى القانون المدنى على أن للانابة فى الوفاء صورتين هما : -

---

(١) راجع د/ اسماعيل غانم المرجع السابق ص٤١٠ .

١ - الانابة الكاملة :

يقصد بالانابة الكاملة فى الوفاء أن يتفق الأشخاص الثلاثة : المنيب المناب - المناب لديه على أن ذمة المدين تجاه الدائن تبرأ ويحل محله المناب . فهى تؤدى إلى ابراء ذمة المنيب وحلول المناب محله ولذلك يجب أن يكون هذا الاتفاق صريحا والا كانت الانابة ناقصة . فالتجديد كما ورد النص عليه فى المادة ٢/٣٦٠ مدنى لايفترض . هذا ويشترط .أن يكون الالتزام الأصلى صحيحا كما هو الحال فى التجديد . ولكن المشرع اشترط فى الانابة أن يكون المناب موسرا [١]. ويرجع إلى وقت تمام الانابة فى تقدير هذا اليسار . وهذا التقدير يكون من صميم السلطة التقديرية لقاضى الموضوع بعيدا عن نطاق الرقابة القضائية لمحكمة النقض .

٢ - الانابة الناقصة :

يقصد بالانابة الناقصة عدم وجود اتفاق صريح على تجديد الدين بحلول المناب محل المنيب . وهنا يبقى المنيب مدينا إلى جانب المناب وهذه الصورة هى الأكثر حدوثا فى العمل . اذ أنه من النادر أن يقبل الدائن ابراء ذمة المدين وانقضاء الالتزام الأصلى . وفى هذه الحالة تؤدى الانابة وظيفة التأمين الشخصى . فيصبح للدائن مدينان . المدين الأصلى (المنيب) . والمدين الجديد (المناب) وللدائن أن يطالب أيا

(١) راجع نص المادة ١/٣٦٠ مدنى .

منهما بكل الدين . ومما يجب الاشارة اليه أن المدينين الأصلى والجديد لايوجد بينهما تضامن . اذ أن التزام كل منهما له مصدره الخاص . فالمدين الأصلى مصدر التزامه العلاقة الأصلية بينه وبين الدائن . والمدين الجديد مصدر التزامة عقد الانابة . ولذلك فإن الوصف الصحيح لهذه الرابطه أنه التزام تضامى وليس تضامنى .

التزام المناب التزام مجرد :

سواء كانت الانابة كاملة أو ناقصة . فإن التزام المناب لديه هو التزام مجرد عن السبب . فقد رأينا أن سبب الالتزام يوجد فى العلاقة بين المنيب والمناب . فالمناب قد ارتضى أن يلتزم قيل دائن المنيب أما لأنه يريد بذلك أن يؤدى دينا عليه قبل المنيب واما يقصد التبرع أو غير ذلك أيا كان السبب . فهذا لا أثر له فى صحة الالتزام المناب قبل المناب لدية . فهو التزام مجرد عن سببه . ويظهر هذا التجديد خصوصا فى حالة ما اذا كان المناب قد التزم قبل المناب لديه بسبب التزام عليه للمنيب . فى هذه الحالة يظل التزام المناب قبل المناب لدية صحيحا ولو كان التزامة قبل المنيب باطلا .

واذا كان للمناب دفع يستطيع أن يدفع به مطالبة المنيب مثل ابطال الالتزام ان كان قابلا للابطلال أو التمسك بانقضائه لأى سبب من أسباب الانقضاء . فليس له أن يتمسك بهذا الدفع فى مواجهة المناب

لديه . بل عليه أن يؤدى مالتزم به . ولايبقى له بعد ذلك الا حق الرجوع على المنيب . أى أن التزام المناب قبل المناب لديه وقد نشأ عن قبول المناب للانابة . مستقل عن التزام المناب قبل المنيب . وقد أراد المشرع بتجديد التزام المناب قبل المناب لديه أن يحقق استقرار المعاملات وسرعتها . ومن هنا تبدأ أهمية الانابة فقط فى المسائل التجارية حيث تقتضى السرعة والاستقرار[١] ومبدأالتجريد سالف الذكر قصد به حماية المناب لديه فقط . الا أن المشرع أجاز له التنازل عن هذه الحماية ومن ثم ليس هناك مانع من الاتفاق بين المناب والمناب لديه على أن يكون للأول التمسك بالدفوع التى كانت له قبل المنيب .

---

(١) راجع د/ اسماعيل غانم المرجع السابق ص٤١٢ .

المبحث الثالث

المقاصه

تمهيد :

تعتبر المقاصة احدى طرق انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء . وتناولها المشرع بالتنظيم فى المواد من ٣٦٢ حتى ٣٦٩ مدنى . وذلك من حيث ماهيتها وشروطها وآثارها وأنواعها . ومن ثم فقد بات لزاما علينا فى مقام البحث أن نوضح هذه الأحكام التفصيلية بشئ من الايضاح التام لهذه الأحكام العامة . متناولين التعرض لماهية ووظيفة المقاصة . ثم شروطها وأنواعها وآثارها كل على حده على النحو التالى : -

١ - ماهية المقاصة ووظيفتها :

نفترض المقاصة أن هناك شخصين وأن كل منهما دائنا ومدينا للآخر فى ذات الوقت بمبلغ من النقود أو بشئ مثلى . فعندئذ يحق لكل منهما أن يقاص الآخر بماله قبله بقدر الأقل من الدينين . بحيث لايبقى فى ذمة أحدهما الا ما زاد على هذا القدر . ومثل ذلك لو أن عمرو اقترض مبلغا من النقود مقداره ألف جنيه من زيد ثم اشترى زيد من عمرو سلعه ثمنها خمسمائة جنيه . فهنا يتضح أن كل منهما دائن ومدين فى وقت واحد . فعند المطالبة والاستحقاق فإن هذان الدينان يتقاصا فى

حدود خمسمائه جنيه . بحيث لايبقى فى ذمة عمرو لزيد الا خمسمائه جنيه فقط . ويمكن القول بأن أحد الدينين ينقضى نهائيا والأخر ينقضى جزئيا . وللمقاصة وظيفتان . فهى من جهة تعتبر أداة وفاء . ومن جهة أخرى تعتبر أداة ضمان . فهى تعتبر أداة وفاء مزدوج . فهى تقضى نهائيا على الدين الأقل وجزئيا على الدين الأكبر . فلا يوفى من الدينين الا ما زاد على ما انقضى بالمقاصة . ولذلك ذهب البعض الي القول أن المقاصة توفر فى استعمال النقود وتحركها (١) . وهى كثيرة الوقوع فى المعاملات المصرفية . وأما عن كونها أداة ضمان . فهى تخول الدائن الحق فى أن يستنزل من دينه مايكون له من حق تجاه الطرف الآخر . فهو بعبارة أخري يستوفي حقه مما للطرف الآخر في ذمته من دين . وهو بهذا يستأثر بالدين الذى فى ذمته دون غيره من دائنى الطرف الآخر . فيستوفى حقه مقدما ومفضلا عليهم جميعا . وبهذا يتفادى اعسار المدين ومزاحمة سائر الدائنين . فالمقاصة تنطوى على ضمان شأنها فى ذلك شأن الرهن أو الامتياز . والمقاصة فى وظيفتها الأخيرة تقترب من الدفع بعدم التنفيذ والحق فى الحبس . فهى تقوم على فكرة واحدة هى أنه لايجوز للشخص أن يستوفى دينا له من مدينه الا اذا نفذ هو أيضا ماهو مدين به لمدينه . على أنها تختلف عن الدفع بعدم التنفيذ فى أن الأخير قاصر اعماله على الالتزامات المتقابلة الناشئة عن العقد الملزم للجانبين . ثم ان الحق فى الحبس يفترض أن هناك ارتباطا وثيقا بين

(١) راجع البدراوي المرجع السابق ص ٣٩٢ هامش ١ .

هذه الالتزامات . أما المقاصة فلا يشترط ألا أن تكون هذه الالتزامات متقابلة بين ذات الشخصين وهو ما سنعرض له تفصيلا فى حينه . عند الحديث عن شروط المقاصة . وتقترب هذه النظم الثلاثة الماقصة والدفع بعدم التنفيذ والحق فى الحبس فى أصلها التارخي . فقد كان يجرى التمسك بها فى القانون الرومانى عن طريق الدفع بالغش (١).

٢ - أنواع المقاصة :

باستعراض أحكام المقاصة يتضح أن للماقصة ثلاثة أنواع هى : المقاصة القانونية - المقاصة الاختيارية -.المقاصة القضائية . وسوف نعرض فيما يلى لهذه الأنواع على النحو التالى :

أ - المقاصةالقانونية :

عنى المشرع بتنظيم هذا النوع فى المواد : ٣٦٢ - ٣٦٩ مدنى . ويقصد بها أى المقاصة القانونية تلك التي اذا توافرت شروط معينة وقعت بقوة القانون . أى أنه إذا تمسك بالمقاصة من له مصلحة فيها وجب على المحكمةأن تحكم بانقضاء الدينين بقدر الأقل منهما . ويعتبر هذا الانقضاء قد تم من وقت توافر شروط المقاصة . لا من وقت التمسك أو الحكم بها .

---

(١) راجع البدراوى المرجع السابق ص ٣٩٢ هامش ١ .

شروط المقاصة القانونية:

أوضح المشرع هذه الشروط تفصيلا فى المادة ٣٦٢ مدنى التي جاء نصها " للمدين حق المقاصة بين ماهو مستحق عليه لدائنه وماهو مستحق له قبل هذا الدائنين ولو اختلف سبب الدينين اذا كان موضوع كل منهما نقودا أو مثليات متحدة فى النوع والجودة . وكان كل منهما خاليا من النزاع مستحق الأداء وصالحا للمطالبة به قضاء .... الخ النص " .

يتضح من هذا النص سالف الذكر أن هذه الشروط تدور حول الدينيين من حيث التلاقى والمحل والقوة ، والصلاحية للاقتضاء . وعدم تعلق حق للغير وسوف نعرض هذه الشروط فيما يلى :

١ - تلاقى الدينين:

يقصد بالتلاقى تقابل الدينين أى أن يكون كل من الطرفين دائنا ومدينا للآخر فى نفس الوقت وبنفس الصفة [١]. ويترتب على اشتراط نفس الوقت أنه إذا حول الدائن حقه الى آخر . وبعد أن أصبحت الحوالة نافذة قبل المدين أصبح المحيل مدينا للمدين . فلن تقع الماقصة . وكذلك الحال اذا أصبح المدين دائنا لدائنه بعد أن أقر الدائن حوالة الدين الى شخص آخر . ويترتب على اشتراط نفس الصفة أن المقاصة لاتقع اذا كان أحد الطرفين مدينا بصفته الشخصية ودائنا بصفته وصيا على قاصر أو وكيلا أو مديرا لشركة [٢]. وتقع المقاصة ولو لم يكن المدين

(١) راجع د/ اسماعيل غانم المرجع السابق ص ٤١٦ فقرة ٢٥٣.
(٢) راجع نقض مدنى ١١٩٣٦/١٠/٢٢ مجموعة عمر رقم ٣٧٩ ص ١٦٧ .

أهلا للاستيفاء أو للوفاء . وعلة ذلك أن المقاصة نوع من أنواع الوفاء القهرى .

٢ - محل الدينيين :

اشترط المشرع فى عجز النص السابق أن يكون موضوع كل من الدينيين نقودا أو مثليات متحدة فى النوع والجودة . وذلك لأن كل من الدينيين يوفى بالآخر ولا يتوقف على رضاء الدائنين . وهذا ما جعل المشرع وجب أن يترتب على المقاصة حصول كل من الطرفين على مهو مستحق له . كما لو كان قد تم الوفاء به عاديا . وهذا لن يتحقق أبدا اذا كان موضوع الدينين مختلف كل منهما عن الآخر ويترتب على هذا الشرط أن المقاصة القانونية يكون محلها الالتزام بدفع من النقود والالتزام باعطاء شئ اذا كان من الشيئان مثليين ومتحدين فى النوع والجوة كما سبق القول . ويذهب البعض الى القول [1] أنه لا مقاصة بين التزام بعمل والتزام بعمل وان تماثلا . ولا بين التزام بامتناع عن عمل آخر ولا بين التزام بنقل ملكية والتزام بعمل .

٢ - قوة الدينيين :

يتضح من النص المشار اليه سلفا أن المشرع اشترط لوقوع المقاصة أن يكون كل من الدينيين خاليا من النزاع - مستحق الأداء - صالحا لمطالبة به أمام القضاء .

---

(١) راجع د/ البدراوى أحكام الالتزام ١٩٨٩ ص ٣٩٥.

أ - خاليا من النزاع :

يجب أن يكون الدين محقق الوجود والمقدار . فان كان هناك شك فى ثبوته أو مقداره . لا مجال لاعمال قاعدة المقاصة القانونية . ويشترط أن يكون النزاع فى الوجود أو المقدار نزاعا جديا حتى يمكن القول بامتناع المقاصة القانونية [١]، ويعلق البعض فى الفقه [٢]بالقول أن الدين الناشئ من الفعل الضار يتوقف على ثبوت مسئولية الفاعل . ولا مقاصة أيضا اذا كان الدين غير معين المقدار حتى ولو كان تقديره يتوقف على تصفية حساب معقد أو على حكم القضاء .

ب - مستحق الأداء :

لما كانت المقاصة وفاء فهرى . فلا يجوز جبر المدين على الوفاء الا اذا حل أجل الاستحقاق . ولذلك اذا كان أحد الدينيين معلقا على شرط واقف أو مضافا الى أجل واقف فلا يجوز النقاضى فيه . ذلك أن الالتزام الموقوف هو التزام غير مستحق الوجود . أما الالتزام المقترن بشرط فاسخ فتجوز فيه المقاصة . لأنه التزام موجود ومستحق الأداء . فاذا تحقق الشرط الفاسخ اعتبرت المقاصة كأن لم تكن . وعاد الالتزام وأصبح مستحق الأداء . واذا كان الأجل قضائيا أو مهلة منحها القاضى للتيسير على المدين " نظرة الميسرة " . فانه يجوز المقاصة فى هذا

---

(١) راجع د/ اسماعيل غانم المرجع السابق ص ٤١٨ .

(٢) راجع د/ البدراوى المرجع السابق ص ٣٩٦.

الدين . ذلك أن القاضى انما منح المدين هذا الأجل لعدم مقدرته على الوفاء . فاذا تبين أنه قادر عليه عن طريق المقاصة وقعت المقاصة قبل انقضاء الأجل . وكذلك الأمر اذا تبرع الدائن بالأجل فلا مبرر لحرمان الدائن من أن يستوفى حقه عن طريق التمسك بالمقاصة .

ج - **أن يكون كل من الدينين صالحا للمطالبة به أمام القضاء :**

اذا كان أحد الالتزامين طبيعيا ، فلا يصح التمسك بالمقاصة . لأن الالتزام الطبيعى يخلو من عنصر الاجبار أو المسئولية . والمقاصة كما سبق أن أسلفنا فتتضمن معني الوفاء القهرى . فلا يصبح التمسك بها .

٤ - **أن يكون كل منهما قابلا للحجز عليه :**

ورد النص على هذا الشرط مع الاستثناءات الواردة فى المادة ٣١٤/ج والتي جاء نصها : " تقع المقاصة فى الديون أيا كان مصدرها ما وذلك فيما عدا الأحوال الآتية :

أ - .... ب -...... ج - اذا كان أحد الدينيين حقا غير قابل للحجز عليه " .

يتضح من هذا النص أنه بمفهوم المخالفة أنه يشترط حتى يتم التمسك بالمقاصة أن يكون كل من الدينيين قابلا للحجز عليه . فاذا كان أحدهما غير قابل للحجز عليه فلا يجوز التقاص . فهذا الحق خاص

بصاحبه . ويضرب بعض الفقهاء مثالا لذلك أنه اذا أقرض زوج زوجته مبلغا من النقود ثم حكم لها بالنفقة عليه . فلم تقع المقاصة بين حق الزوج الناشئ من القرض ودين النفقة الواجب على الزوج . ولا يجوز التقاص بين أجر العامل بالقدر الذى يكون جائز الحجز عليه ودين مقابل لرب العمل [١].

٥ - الا يتعلق بأحد الدينيين حقا للغير يمنع من الوفاء به :

لما كانت المقاصة نوع من الوفاء . فلا يصبح التمسك بها على نحو يضر بالغير . ولنضرب مثالا يوضح ذلك ، فلو أن عمرو مدين قبل زيد بمبلغ ١٠٠ جنية ثم وقع أحمد وهو دائن لزيد حجز على ما تحت يد عمر " حجز ما للمدين لدى الغير " ترتب على هذا الحجز أن يمنع المحجوز لديه عمرو من الوفاء لدائنه زيد . فاذا أصبح عمرو بعد ذلك دائنا لزيد فلا يجوز له أن يتمسك بالمقاصة أضرار بالحاجز أذ هو شخص من الغير . وذلك اعمالا لنص المادة ٣٦٧ / ١ مدنى التى تنص على " لا يجوز أن تقع المقاصة اضرارا بحقوق كسبهاالغير " .

استتناء مما تقدم : - " . استبعد المشرع المصرى حالات ثلاث فى المادة ٢٦٤ مدنى لا تجوز فيها المقاصة وهى كما ورد النص عليها " تقـع المقاصة فى الديون أيا كان مصدرها وذلك فيها عدا الحالات الآتية : -

---

(١) راجع د/ البدراوي المرجع السابق ص ٣٩٨.

أ- اذا كان أحد الدينين شيئا نزع دون وجه حق من يد مالكه وكان مطلوبا رده .

ب - إذا كان أحد الدينين شيئا مودعا أو معارا عارية استعمال وكان مطلوبا رده .

ج - اذا كان أحد الدينين حقا غير قابل للحجز عليه ."

يتضح من هذا النص أن المشرع أورد حالات ثلاث لاتجوز فيها المقاصة حتى ولو توافرت شروط التمسك بها . وقد سبق أن عالجنا الحالة الثالثة الواردة فى الفقرة ج عند حديثنا عن شروط التمسك بالمقاصة . ومن ثم فلا داعى للتكرار . ونقتصر هنا على الحديث عن الحالتين الواردتين فى الفقرتين أ ، ب :

الحالة الأولى : انتزاع شئ من يد مالكه مع التزامه برده :

لما كان انتزاع الشئ من تحت يد صاحبه يعد اغتصابا للحق . واجازه للشخص بأن يقتضى لنفسه فهنا لايجوز التمسك بوسيلة شرعها القانون لحماية الغاصب . وفى اجازة المقاصة تشجيع للغصب والتعدى . فاقتضاء الحق له وسائل مشروعة قانونا لا يجوز اللجوء الى غيرها . ويكفى أن ينتزع الدائن من مدينه خلسة عنه أو بالقوة لكي يقتضى منه حقه عن طريق التمسك بالمقاصة دون اللجوء الى اجراءات التنفيذ الجبرى . ويضيف البعض أن هذا الانتزاع قد يكون نتيجة جريمة سرقة أو خيانة أمانة .

الحالة الثانية : اذا كان أحد الشيئين مودع أو محل عارية استعمال

لما كانت الوديعة تقوم على الثقة فى شخص المودع لديه . وهذه الثقة تستوجب رد الشئ المودع . فيمتنع على المودع أن يتمسك بالمقاصة بين التزامه برد الشئ المودع وبين ما يكون المودع ملتزما به قبله . وكذلك الأمر فى حالة عارية الاستعمال . فلا يجوز للمستعير أن يتمسك بين التزامه برد الشئ محل العارية وبين ما يكون المعير ملتزما به قبله .

ب - المقاصة الاختيارية :

المقاصة الاختيارية تتم بارادة الطرفين . فيجوز للدائن والمدين أن يتفقا على وقوع المقاصة رغم عدم توافر شروطها التي نص عليها القانون . وهذا اعمالا لمبدأ الحرية فى التعاقد . فاذا كان أحد الدينين حال والآخر مؤجل . أو اذا كان محل أحد الدينيين نقودا والاخر محله شئ معين فتقع المقاصة باتفاق الطرفين وتختلف المقاصة الاختيارية عن القانونية فى أنها تقع من تاريخ الاتفاق عليها . وليس له أثر رجعى. ولايجوز أن تقع المقاصة الاختيارية اضرار بحقوق كسبها الغير[1].

ج - المقاصة القضائية:

كما يتضح من تسميتها هي التي يجريها القاضى عند تخلف

---
(١) راجع د/ اسماعيل غانم ، المرجع لاسابق ص ٤٢٦ .

شرط من شروط المقاصة القانونية . مما يستطيع القاضى استكماله . وذلك الشرط هو الخلو من النزاع . فاذا طالب دائن مدينه بالوفاء بما عليه . فتقدم المدعي عليه بطلب عارض يدعى فيه بحق خصمه فى وجوده أو مقداره . فلن تقع المقاصة القانونية لأن أحد الدينيين متنازع فيه . فاذا قضت المحكمة بوجود الحق وعينت مقداره حكمت بالمقاصة بين الحقين . والمقاصة القضائية ليست فى واقع الأمر سوى مقاصة قانونية تقع متى توافرت شروطها . ولايعدو حكم القاضى بعد استكمال شروط المقاصة سوى تقريرا لها وليس انشاء للمقاصة القانونية ، ولاتقع المقاصة القضائية الا من وقت الحكم بها .

كيفية التمسك بالمقاصة :

نصت المادة ١/٣٦٥ مدنى " لاتقع المقاصة الا اذا تمسك بها من له مصلحة فيها . ولايجوز التنازل عنها قبل ثبوت الحق فيها " .

يتضح من هذا النص أن المشرع أوجب التمسك بالمقاصة . وحرم التنازل عنها مقدما وسوف نعرض لذلك تفصيلا على النحو التالى :

أولا : وجوب التمسك بالمقاصة :

لما كانت المقاصة لاتتعلق بالنظام العام فقد أوجب المشرع ضرورة التمسك بها من جانب صاحب المصلحة . ويترتب على ذلك . أنه لايجوز للقاضى أن يحكم بها من تلقاء نفسه حتي ولو علم من وقائع الدعوى توافر شروطها [١] . وصاحب المصلحة فى التمسك بالمقاصة هو

(١) أنظر د / البدراوى السابق ص ٣٩٩ .

المدين فى الدينيين المتقابلين . ويحق للكفيل التمسك بها ولو كان متضامنا مع المدين [١]. ولكن لايجوز للمدين طلب المقاصة مما يجب على الدائن الكفيل . ولكن كيف يمكن التمسك بالمقاصة ؟ وهل يصح التمسك بها فى أى وقت وأمام أى محكمة ؟

أجاب الفقه علي هذا التساؤل بأن التمسك بالمقاصة يمكن أن يتخذ احدى صورتين : الأولى : صورة دفع بأن يطالب الدائن مدينه بالوفاء بحقه عليه . فيدفع هذا دعواه بالمقاصة بحقه الذى له فى مواجهته . ويصح التمسك بها فى أى حالة كانت عليها حتى أمام المحكمة الاستئنافية . ولايجوز ذلك أمام محكمة النقض . والثانية : هى صورة الدعوى التي يرفعها صاحب الشأن مطالبا فيها تقرير المقاصة بين دينه والحق الذى له . ومتي وقع التمسك بالمقاصة وجب على القاضى متي توافرت شروطها الحكم بها .

ثانيا : النزول عن المقاصة :

بامعان النظر فى نص المادة ١/٣٦٥ مدنى سالف الذكر نجد أن المشرع حرم النزول عن المقاصة قبل ثبوت الحق فيها مما يوحى ظاهر النص أنها تتعلق بالنظام العام . فلا يجوز التنازل عنها مقدما . لكن هذا الغرض غير صحيح . وترجع العلة فى ذلك الى أن المشرع[٢] قد لاحظ أن بعض الدائنين وخصوصا البنوك فى تعاملها مع الأفراد

---

(١) راجع المادة ٢٨٧ مدنى .

(٢) راجع د/ اسماعيل غانم ، المرجع السابق ص ٤٢٠.

يشترطون على مدينهم التنازل مقدما عن التمسك بالمقاصة بين ما عليهم من دين وما قد ينشأ لهم فى المستقبل من حقوق . وقد رأى المشرع أن هذا الشرط فيه ارهاق للمدينيين وتعسفا من جانب الدائنين وهم الجانب القوى . ولكن يصح التنازل عن الماقصة بعد توافر شروطها. ومما يجدر الإشارة اليه فى هذا المقام . أن التنازل عن المقاصة يمكن أن يكون صريحا . كما يمكن أن يكون ضمنيا . وفى الحالة الأخيرة يمكن استنتاجه من كافة القرائن والظروف التي تقطع فى الدلالة عليه .

آثار المقاصة :

تناول المشرع آثار المقاصة فى المادة ٢/٣٦٥ مدنى التي نصت على أنه " يترتب على المقاصة انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما منذ الوقت الذى يصبحان فيه صالحين للمقاصة . ويكون تعين جهة الدفع فى المقاصة كتعيينها فى الوفاء " . ثم جاء نص المادة ٣٦٦ مدني " اذا كان الدين قد مضت عليه مدة التقادم وقت التمسك بالمقاصة . فلا يمنع ذلك من وقوع المقاصة به رغم التمسك بالتقادم . مادامت المدة لم تكن قد تمت فى الوقت الذى أصبحت فيه المقاصة ممكنة " .

يتضح من هذا التشريع السابق أن للمقاصة أثر رجعى يعود هذا الأثر الى الوقت الذى توافرت فيه شروط المقاصة . حتي ولو كان أحد طرفيها أو كلاهما يجهل ثبوت الحق فيها . فينقضى الدينان بقدر الأقل منهما منذ الوقت الذى توافرت فيه شروط المقاصة ولو تمسك بها

صاحب المصلحة فى وقت لاحق . الا أن هناك استثناء على ذلك أورده المشرع فى المادة ٣٦٨ مندى التي قضت على أنه " اذا حول الدائن حقه للغير وقبل المدين الحوالة دون تحفظ فلا يجوز لهذا المدين أن يتمسك قبل المحال له بالمقاصة التي كان له أن يتمسك بها قبل قبوله للحوالة . ولايكون له الرجوع بحقه على المحيل " . ومما يجدر الاشارة اليه أن هذا الاستثناء قاصر فقط على حالة قبول المدين للحوالة . أما اذا كان نفاذها قبله قد تم عن طريق اعلانه بها . فلن تمنعه الحوالة من التمسك بالمقاصة حتي ولو تسلم الاعلان دون تحفظ (١). وقد قصد المشرع بهذا الاستثناء حماية المحال له من المفاجأة بوقوع المقاصة بين الحق المحال به . وحق للمدين قبل المحيل . فليس من المفروض أن يلم المحال له بعلاقات المحيل بالمدين . ويترتب على قاعدة الأثر الرجعى للتمسك بالمقاصة نتيجتان هما :

١ - النتيجة الأولى :

لما كان أثر المقاصة بوجوب الدينين بقدر الأقل منهما . أى أن المقاصة تعتبر احدى الحالات الاستثنائية للوفاء الجزئى بنص القانون دون التوقف على رضاء الدائنين (٢). فانه اذا كان أحد الدينين منتجا لفائدة . فلا تحتسب الفوائد الا عن المدية السابقة لتوافر شروط

---

(١) تفترض هذه المادة أن هناك شخصين كل منهما دائن ومدين للآخر . وتوافرت شروط المقاصة بين الدينين ورغم ذلك حول أحد الدائنين حقه الى شخص آخر وقبل المدين هذه الحوالة.

(٢) راجع د/ اسماعيل غانم المرجع السابق ص ٤٢١.

المقاصة . أما المدة اللاحقة فلا تحتسب عليها فوائد . لأن الدين يكون قد أنقضى منذ الوقت الذى توافرت فيه شروط المقاصة .

٢ - النتيجةالثانية :

ما أورده المشرع فى النص سالف الذكر بخصوص وقوع المقاصة رغم التمسك بالتقادم طالما أن هذه المدة لم تكن قد تمت فى الوقت الذى أصبحت فيه المقاصة ممكنة . ونظرا لأهمية هذه النتيجة من الناحية العملية نضرب مثالا يوضح ذلك . لو أن عمرو دائنا لزيد بمبلغ ٥٠٠ جنيه مستحق الأداء فى أول يناير عام ١٩٧٠ . فيكون استكمال مدة التقادم لهذا الحق أول يناير عام ١٩٨٥ . ثم أصبح زيد دائنا لعمرو بدين حال فى أول يناير ١٩٧٠ . فقام زيد برفع دعوي ضد عمرو فى أول يناير ١٩٩٠ يطالبه بالوفاء بدينه . فهل يجوز لعمرو التمسك بالمقاصة بين دينه وحقه ؟ نعم يجوز ذلك لأن مدة التقادم المسقط لحق عمرو قد اكتملت قبل أن يرفع زيد عواه . وأساس ذلك أن المقاصة تقع بقوة القانون متى توافرت شروطها . والشروط قد توافرت فى أول يناير عام ١٩٧٠ أى قبل اكتمال مدة التقادم .

الوفاء بعد ثبوت الحق فى المقاصة :

نصت على ذلك المادة ٣٦٩ مدني " اذا وفى المدين دينا وكان له أن يطلب المقاصة فيه بحق له . فلا يجوز له أن يتمسك اضرار بالغير بالتأمينات التي تكفل حقه . الا اذا كان يجهل وجود هذا الحق " .

بامعان النظر فى هذا النص التشريعى نجد أنه يتعرض لحالة ما اذا قام المدين بالوفاء بدين كان له أن يطلب المقاصة فيه بحق له فى واقع الأمر أنه يجب التفرقة بين حالتين :

١ - الحالة الأولى :

وهي تفترض أن الموفى كان يجهل وقت الوفاء أن له حقا على دائنه . كان له الخيار أما بالتمسك بالمقاصة . يوعتبر الدينان قد انقضيا منذ وقت توافر شروط المقاصة . أو يعتبر وفائه للدين دفعا لغير المستحق وله استرداد ما دفع . ولكن يثور التساؤل هل يعتبر الرد التزام جديد مستقل عن الالتزام الذى انقضى ؟ أجاب الفقه على ذلك[1] أن التزام الموفى له بالرد هو التزام جديد مصدره الفعل النافع أى واقعة دفع غير المستحق . واما له التنازل عن التمسك بالمقاصة فيكون الوفاء صحيحا . ويبقى للموفي الرجوع على الطرف الآخر بما له من حق . وله فى هذه الحالة أن يتمسك بالتأمينات الضامنة لحقه .

٢ - الحالة الثانية

اذا كان الموفى يعلم وقت الوفاء أن له حقا قبل دائنه ووفى دينه رغم ذلك . فليس له بعد ذلك أن يتمسك بالمقاصة اذ يعتبر قد تنازل عنها . وبالتالي فليس له الا الرجوع بما له من حق . ولكن ذلك كله مشروط بعدم الاضرار بالغير بالتأمينات التي تكفل حقه . ومن ثم

---

(١) راجع د/ اسماعيل غانم ، المرجع السابق ص ٤٢٢.

لايجوز له الرجوع على الكفيل أو المدين المتضامن أو حائز العقار المرهون . وليس له أن يتمسك بالرهن اضرار بالدائنين التاليين له فى المرتبة . وهذا الحكم يتفق والمبادئ العامة .

المبحث الرابع

اتحـــــاد الذمـــة

تمهيد :

تناول المشرع اتحاد الذمة كسبب من أسباب انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء فى المادة ٣٧٠ مدنى التي جاء نصها " اذا اجتمع فى شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة الى دين واحد . انقضى هذا الدين بالقدر الذى اتحدت فيه الذمة . واذا زال السبب الذى أدى الى اتحاد الذمة وكان لزواله أثر رجعى عاد الدين الى الوجود هو وملحقاته بالنسبة الى ذوى الشأن جميعا . ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن " .

وسوف نعرض فيما يلى لأحكام اتحاد الذمة . من حيث ماهيته وحالاته وآثاره على النحو التالى :

أولا : ماهية اتحاد الذمة :

كما يتضح من النص التشريعى سالف الذكر أنه يقصد باتحاد الذمة اجتماع صفتى الدائن والمدين فى شخص بالنسبة لدين واحد . وذلك على خلاف المقاصة فهى تفترض شخصين بينهما التزامان المدين فى أحدهما دائن في الدين الآخر . كما لو توفى الدائن فورثة المدين فهذا يعتبر اتحاد فى الذمة . وبمعني أوضح اتحاد الذمة هو خلافة أحد طرفى الالتزام للآخر .

ثانيا : حالات اتحاد الذمة :

يحدث اتحاد الذمة أما بسبب الوفاة أو حال الحياة :

١ - اتحاد الذمة بسبب الوفاة :

اذا توفى الدائن وكان الوارث مدينه فإنه يرث هذا الحق عنه . ومن هنا تجتمع صفتا الدائن والمدين . واذا توفى المدين فورثه دائنه تحقق اتحاد الذمة .

٢ - اتحاد الذمة أثناء الحياة :

هذا الفرض نادر الحدوث عملا . فاذا حول الدائن حقه الى آخر . وكان هذا الحق متنازعا فيه فانه يجوز للمدين بشروط معينة أن يسترد هذا الحق اذا هو رد الى المحال له الثمن الذى دفعه مع الفوائد والمصاريف (١). ويترتب على استرداد المدين للحق المتنازع فيه أن تجتمع فيه صفة المدين والدائن . ويذهب البعض الى أن الحكمة من تخويل(٢) المدين الاسترداد في هذه الحالة هو منع المضاربين مع استغلالها . كما أن اتحاد الذمة يشمل الحقوق الشخصية والحقوق العينية . فاذا توفى مالك الرقبة فورثه المنتفع . وكذلك الحال اذا وفى حائز العقار المرهون الدين المضمون بالرهن فهو يحل محل الدائن فى الرهن الوارد على عقاره .

---

(١) راجع المادة ٤٦٩ مدنى .
(٢) راجع د/ اسماعيل غانم المرجع السابق ص ٤٢٧ .

آثار اتحاد الذمة :

نصت المادة ١/٣٧٠ مدنى " .... إنقضى هذا الدين بالقدر الذى اتحدت فيه الذمة " .

يتـضح من هذا النص أن الدين ينقـضى بالقـدر الذى اتحـدت به الذمـة. ولنضـرب مـثـالا يوضح ذلك فـاذا كـان الدين ٥٠٠ جنيـه وتوفى الدائن عـن وارثين . مـتـساويين فى الأنصبـة فى المـيـراث أحدهما هو المدين . انقضى الدين بقدر الحصة التي تلقاها المدين فى الميراث . أى بقـدر النصف . ويكون للوارث الآخر أن يطالب المدين بـ ٢٥٠ جنيه الباقـيـة . ومـما يجب التنويه اليه أنه إذا اتحدت الذمة بين الدائن وأحد مـدينيـه المتـضـامنين بأن ورث ذلك المـدين الدائن مـثـلا . فـان الدين لاينقـضى بالنسبـة الى باقى المدينين الا بقـدر حصـة المدين الذى اتحدت ذمته مع الدائن [١].

ويتـأسس هذا الانقضـاء على استـحالة المطالبـة بالدين [٢] . فـليس من المنطقى أن يطالب شخص نفسه بدين عليـه – وقـد خصص المشرع الفـقـرة الثانيـة من ذات المادة لزوال سبب اتحاد الذمة . ورتب على ذلك اعتبار هذا الاتحاد كأن لم يكن . واذا كـان لزواله أثرا رجعيا عـاد الدين الى الوجود هو ملحقاته بالنسبة لذوى الشأن جميعا . فاذا أوصى الدائن للمدين بالدين ثم اتضح أن الوصية باطلة عـاد الدين الى الوجود بجـمـيع

(١) راجع المادة ٢٨٨ مدنى .

(٢) راجع د/ اسماعيل غانم ، ص ٤٢٨ ، د/ البدراوى ص ٤١٠.

ملحقاته بأثر رجعي . وكذلك الحال أيضا أن يحول حق متنازع فيه . فيسترده المدين ويتحقق اتحاد الذمة بذلك ثم يحكم بابطال الحوالة لاستغلال وقع على المحيل . فيترتب على ذلك زوال اتحاد الذمة بأثر رجعي .

الفصل الثالث

انقضاء الالتزام دون الوفاء

تمهيد :

عالج المشرع المصرى أسباب الانقضاء دون الوفاء فى الفصل الثالث من الباب الخامس والخاص بالوفاء بالالتزام وذلك فى المواد من ٣٧١ حتى ٣٨٨ مدنى . وهذه الأسباب كما وردت بالترتيب هى : الابراء - استحالة التنفيذ - التقادم المسقط . وسوف نعرض لكل منها تفصيلا فى مبحث خاص على النحو التالى :

المبحث الأول

الابراء

النص التشريعى :

نصت المادة ٣٧١ مدنى على أنه " ينقضى الالتزام اذا أبرأ الدائن مدينه مختارا . ويتم الابراء متى وصل الى علم المدين ويرتد برده . ويسرى على الابراء الأحكام الموضوعية التي تسرى علي التبرع . ولايشترط فيه شكل خاص . ولو وقع على التزام يشترط لقيامه توافر كل شروط فرضها القانون أو اتفق عليها المتعاقدين " .

لما كان هذا النص قد وضع أحكام مجملة للابراء كسبب من أسباب انقضاء الالتزام دون الوفاء . فانه يجب فى مجال البحث تفصيل

ذلك لبيان ماهية الابراء وطبيعته القانونية . وهنا يثور التساؤل هل يشترط شروط معينة حتى يتم الابراء . وما كيفية اثباته وأخيرا ماهو الأثر الذى يترتب عليه . وسوف نعرض لكل هذه الأحكام التفصيلية على النحو التالي :

١ - ماهية الابراء وطبيعته القانونية :

الابراء هو تنازل الدائن عن حقه للمدين دون مقابل [١]، ويتضح من هذا التعريف أن الابراء هو عمل من أعمال التبرع فى كل الأحوال . اذ هو نزول من الدائن عن دينه لصالح المدين . ومع ذلك ذهب البعض[٢] الى أن الابراء قد يكون من المعاوضات . وذلك فى حالة ما اذا تلقى الدائن شيئا فى مقابل النزول عن حقه . وينتقد الفقه هذا الاتجاه [٣]، بالقول أن هذا النظر خاطئ . فحيث يتم نزول الدائن عن حقه للمدين بمقابل لانكون أمام ابراء . بل نكون أمام وفاء بمقابل أو تجديد للدين بتغيير المحل أو مقاصة حسب ما اذا كان مقابل النزول شيئا آخر تم الوفاء به أو تعهد من المدين بالوفاء به أو دينا فى ذمته ولكن يثور التساؤل هل الصلح مع المدين المفلس يعتبر ابراء ؟ بالقطع لايعتبر هذا التصالح أى التنازل عن جزء من الحق لدى المفلس ابراء . لأن نزول الدائن لم يقصد به التبرع . وانما قصد به تمكين المدين من أن يوفى بالجزء الباقى من الدين الذى لم يكن محل النزول . ونخلص من

---

(١) راجع د/ اسماعيل غانم المرجع السابق ص ٤٢١ .
(٢) راجع جوسران ج ٢ رقم ٩٥١ مشار اليه فى هامش البدراوي ص ٤١٤ .
(٣) راجع د/ البدراوى المرجع السابق ص ٤١٥ .

ذلك أن الابراء حسبما استقر الرأى فى الفقه أنه تصرف قانونى يعبر عن ارادة الدائن ويهدف الى احداث آثر قانوني وهو انقضاء الالتزام . ويذهب الدكتور / عبدالمنعم البدراوى الى القول (١)" بأن القانون المصرى يعتبر الابراء عملا قانونيا يتم بارادة واحدة هى ارادة الدائن . ولذلك فان الابراء يعتبر أنه قد تم اذا اتصلت ارادة الدائن بعلم المدين ومن وقت هذا العلم ودون حاجة الى قبول من جانب المدين " . وليس ذلك الا تطبيقا للقاعدة العامة الواردة ف يالمادة ٩١ مدنى التي تنص على أنه " ينتج التعبير عن الارادة أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه اليه . ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به . مالم يقم الدليل على عكس ذلك " . غير أن المشرع المصرى لم يشأ أن يهمل ارادة المدين اهمالا تاما - اذ أن هناك أشخاص لايرضون لكرامتهم أن يتفضل عليهم غيرهم . ولذلك أجاز المشرع للمدين رد الابراء وهذا ما ورد عليه النص ف يالمادة ٣٧١ مدنى " ... ويتم الابراء متى وصل الى علم المدين ويرتد برده " ويفرق الفقه بين رد الابراء وعدم قبول المدين للابراء . فرد المدين الابراء يعتبر مفقرا لذمته . لأنه مجرد وصول الابراء الى عمله تكون ذمته بريئة من هذا الدين . ولذلك يجب توافر أهلية التبرع حتى يستطيع المدين رد الابراء . ويجوز لدائنه الطعن بالدعوى البوليصية فى رد الابراء . لأن هذا الرد زاد من التزاماته فقد عاد الدين الي ذمته بعد أن كان قد انقضى (٢) .

(١) راجع د/ البدراوى المرجع السابق ص ٤٣١ .
(٢) راجع د/ السنهورى الوسيط ج ٢ ص ٩٦٧ بند ٥٧٨ .

شروط الابراء :

نصت المادة ٣٧١/١-٢ مدنى على ما يلى " يسرى على الابراء الأحكام الموضوعية التي تسرى علي كل تبرع . ولايشترط فيه شكل خاص ولو وقع على الالتزام يشترط لقيامه توافر شكل فرضه القانون أو اتفق عليه المتعاقدان " .

يتضح من هذا النص أن المشرع عالج فى الفقرة الأولى الأحكام الموضوعية للابراء ثم عالج فى الفقرة الثانية شكل الابراء . الا إننا نخالف هذا التنظيم التشريعى ونتناول بيان أحكام الابراء من حيث الشكل أولا . ثم نتبع ذلك بالأحكام الموضوعية .

أولا : شكل الابراء :

كما يتضح من سياق هذا النص أنه لايشترط فى الابراء شكل خاص . أى لايخضع لأى شرط شكلى حتى ولو كان الدين محل الابراء يشترط لقيامه توافر شكل معين فرضه القانون أو الاتفاق . وذلك رغم أن الابراء من أعمال التبرع . فاشتراط القانون شكلا معينا فى الهبات لاينصرف الا الى الهبات المباشرة فقط . والابراء من قبيل الهبات غير المباشرة [(١)]، ولكن اذا وقع الابراء فى شكل وصية فان الأحكام الشكلية والموضوعية للوصية تنطبق عليه . فلا تنفذ الا بعد الوفاة وفى حدود الثلث . ويجوز للموصى الرجوع فيه قبل موته . هذا ويسرى على

(١) راجع د/ البدراوي المرجع السابق ص ٤١٧.

الابراء الحاصل فى مرض الموت حكم الوصية (١).

ثانيا : الأحكام الموضوعية :

قرر المشرع فى المادة ١/٣٧١ مدنى " يسرى على الابراء الأحكام الموضوعية التي تسرى على كل تبرع " .

لما كان الابراء تبرع فلابد أن تسرى عليه أحكام التبرعات الموضوعية من حيث صدوره من شخص تتوافر فيه الأهلية القانونية . وأن تكون الارادة سليمة خالية من العيوب . ومن حيث المحل يجوز أن يقع الابراء على أى التزام بشرط عدم مخالفته للنظام العام . ويجب أن يكون للابراء سببا مشروعا والا كان باطلا . والابراء حال كونه نزولا عن الحق فلا يفترض . ولكن يجوز استنباطه من القرائن التي تقطع بحدوثه.

اثبات الابراء :

لما كان الابراء هو تصرف قانونى صادر عن ارادة الدائن المنفردة فهو يخضع مثل كافة التصرفات القانونية للقاعدة العامة فى الاثبات الواردة فى المادة ٦٠ اثبات " اذا تجاوزت قيمة الدين خمسمائة جنيه فلا يجوز اثباته الا بالكتابة " . واذا لم تتجاوز هذا المقدار فيخضع اثباته للبينة والقرائن (٢).

---

(١) راجع نص المادة ٩١٦ مدنى .

(٢) راجع مؤلفنا الموجز فى أصول الاثبات ١٩٩٣ ص ٢٣١.

أثر الابراء :

لما كان الابراء هو تنازل الدائن عن حقه بدون مقابل . فانه يترتب على هذا الابراء انقضاء الدين بالقدر الذى تناوله الابراء . وينطبق الانقضاء على الدين وملحقاته وتوابعه أو تأميناته سواء كانت عينية أم شخصية . وتبرير ذلك كما يذهب البعض (١). يرجع الى أن سقوط الأصل يستتبع سقوط الفرع فابراء المدين الأصلى يترتب عليه براءة الكفيل والعكس غير صحيح فابراء الكفيل لايؤدى الى براءة ذمة الأصيل .

(١) راجع د/ البدراوي المرجع السابق ص ٤١٨.

المبحث الثانى

استحالة التنفيذ

النص التشريعى :

نصت المادة ٣٧٢ مدنى " ينقضى الالتزام اذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبى لايد له فيه " .

يتضح من هذا النص أن المشرع اشترط لانقضاء الالتزام أن يكون تنفيذه قد أصبح مستحيلا وذلك لسبب أجنبى لايد للمدين فيه وسوف نعرض بايجاز شديد لإنقضاء الالتزام باستحالة تنفيذه فيما يلى :

اولا : يجب ان يكون تنفيذ الالتزام مستحيلا :

لايكفى أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا . بل يجب أن يستحيل استحالة تامة . أما مجرد الارهاق فهو ليس سببا لانقضاء الالتزام . وان جاز رده الى الحد المعقول ، اعمالا لنص المادة ٢/١٤٧ مدنى [١].

ثانيا : يجب أن تكون الاستحالة راجعة الى سبب اجنبى لايد للمدين فيه :

يقصد بالسبب الأجنبى خطأ الغير أو خطأ الدائن أو القوة القاهرة . أما اذا لم يثبت السبب الأجنبى فان الالتزام لاينقضى . ولكن لما كان تنفيذه عينا قد أصبح مستيحلا فانه يجب اللجوء الى التنفيذ بمقابل . واذا تعدد المدينون المتضامنون فاستحال تنفيذ الالتزام بخطأ أحدهم .

---

(١) اعمالا لنظرية الظروف الطارئة وهذا من صميم عمل القاضى المطروح أمامه الدعوى .

فلا يسأل الباقون بل ينقضى بالنسبة اليهم [١]. ويذهب البعض[٢] الى أنه قد يظل المدين مسئولا عن تنفيذ التزامه ويطلب التعويض ولو استحال التنفيذ بسبب أجنبى . وذلك فى حالة ما اذا اتفق على التشديد فى أحكام المسئولية التعاقدية بتحميل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة طبقا للمادة ٢١٧ مدنى .

هذا ويترتب على استحالة التنفيذ فى العقود التبادلية . انقضاء الالتزام المقابل وينفسخ العقد من تلقاء نفسه عملا بالمادة ١٥٩ مدنى .

---

(١) راجع المادة ٣٩٢/ ٢ مدنى .

(٢) راجع د/ اسماعيل غانم المرجع السابق ص ٤٣٣ .

المبحث الثالث

التقادم المسقط

" سقوط الدين بمضى المدة "

تمهيد :

تناول المشرع المصرى أحكام التقادم المسقط فى المواد من ٣٧٤ حتى ٣٨٨ مدني فى الفصل الثالث من الباب الخامس من التقنين المدنى فى الباب الخاص بانقضاء الالتزام دون الوفاء . موضحا فيها مدة التقادم الطويل والخمسى والثلاثى والحولى . وكيفية حساب بداية هذه المدة . ثم نعرض لعوارض هذه المدة من حيث الوقف والانقطاع . وكيفية التمسك بالتقادم والآثار التي تترتب على حدوثه . ولما كانت هذه الأحكام العامة تحتاج الى تفصيل . فان المنطق البحثى يوجب علينا تفصيل ذلك . ومن هنا تأتى خطة بحثنا فى هذا المبحث على هذا النحو . موزعة على أربعة مطالب هى :

المطلب الأول : ماهية التقادم وأساسه .

المطلب الثاني : مدة التقادم وكيفية حسابها .

المطلب الثالث : عوارض المدة من حيث الوقف والانقطاع .

المطلب الرابع : كيفية التمسك بالتقادم وآثاره .

المطلب الأول

ماهية التقادم وأساسه

ماهية التقادم المسقط

لم يتناول المشرع التقادم المسقط بالتعريف . وانما يمكن القول أن التقادم المسقط يفترض وضعا سببيا هو عدم مطالبة الدائن بالحق مدة معينة . وبالتالى فان مضى مدة معينة على استحقاق الدين دون أن يطالب به الدائن يترتب عليه سقوط حقه فى المطالبة اذا تمسك بالتقادم من له مصلحة فيه .

أساس التقادم المسقط :

يقصد بأساس التقادم المسقط الاعتبارات التي أدت الى سقوط الحق بالتقادم . وقد ذهب الفقه فى تحديد هذه الاعتبارات الى اتجاهات مختلفة . فذهب البعض الى القول أن التقادم المسقط يقوم على قرينة الوفاء . فمضى مدة معينة من الزمان على استحقاق الدين دون المطالبة به . يفترض أن الدائن قد استوفى هذا الحق . لذلك يعفى المشرع المدين من اثبات قيامه بالوفاء . وبذلك لايضطر المدين الى الاحتفاظ بأدلة الوفاء الى ما لا نهاية[(١)] بل يكفيه أن يحتفظ بها مدة التقادم فقط . حتي اذا ما اكتملت هذه المدة استطاع المدين اعدام المخالصة وهو على يقين أنه لن يقوم بالوفاء مرة أخري ويقترب من قرينة الوفاء أن التقادم أساسه ابراء الدائن للمدين . فيفترض سكوت الدائن عن المطالبة

---

(١) راجع د/ اسماعيل غانم المرجع السبق ص ٤٣٣.

مدة معينة أنه نزل عن الحق ولكن التنازل عن الحق لايفترض . ويلاحظ على القول الأول أنه يتجافى مع الواقع في كثير من الأحيان . فقد يتمسك المدين بالتقادم رغم اقراره بعدم الوفاء بالدين[1] وذهب البعض الآخر الى أن أساس التقادم يكمن فى أن المشرع أراد بالتقادم المسقط تجنيب المحاكم نظر حقوق قدم العهد على الادعاء بها . ومنع تراكم الديون على المدين وهو أولى بالرعاية من الدائن الذى أهمل فى المطالبة بحقه . بينما ذهب اتجاه آخر الى القول[2] بأن الواقع في تبرير التقادم المسقط هو اعتبارات الصالح العام . فالصالح العام والنظام العام يفرضان احترام الأوضاع المستقرة وعدم اثارة الخلافات حول هذه الأوضاع . ولاشك أن حماية الوضع المستقر من شأنها عدم تمكين الدائن من مطالبة مدينه بدين مضى على استحقاقه مدة طويلة من الزمان. ويضيف هذا الاتجاه الى أن تأسيس التقادم المسقط على اعتبارات النظام العام دون قرينة الوفاء أو الابرَاء . أن المدين يستطيع أن يدفع بالتقادم مع اقراره أنه لم يوف الدين وأن الدائن لم يبرئه منه.

أهمية تحديد أساس التقادم المسقط :

لبيان الاعتبار الذى بنى عليه هذا التقادم أهمية كبرى تتضح من خلال استعراض الأسس السابقة . فاذا كان التقادم أساسه يكمن فى قرينة الوفاء . فلن يستطيع المدين التمسك به اذا لم تستقم هذه القرينة . كما لو اعترف بعدم الوفاء بالثمن فان الاعتراف يناقض القرينة فلا

(١) راجع د/ البداروى المرجع السابق ص ٤٢٥ .
(٢) راجع المادة ١٢٨ مدنى .

يحق له التمسك بالتقادم كما سبق القول . أما اذا كان أساس التقادم هو تجنب المنازعات ومع تراكم الديون وهى اعتبارات الصالح العام . فان للمدين أن يتمسك بالتقادم ولو أنكر بالوفاء بالدين .

التفرقة بين التقادم ومواعيد السقوط :

سبق أن أوضحنا التقادم من أنه مضى مدة معينة دون مطالبة الدائن بحقه . أما مواعيد السقوط فهى مضى مدة معينة لاتخاذ الاجراء يسقط بعدها الحق فى اتخاذها . أى رخصة قررها القانون فى مواعيد حتمية لابد أن يتم العمل خلالها والا كان باطلا عديم الأثر . ومثل هذه المواعيد ما قرره المشرع من سقوط الحق فى ابطال العقد للغلط أو التدليس أو الاكراه اذا لم يتمسك صاحب المصلحة به خلال ثلاث سنوات من يوم اكتشاف الغلط أو التدليس أو من يوم انقطاع الاكراه [١]، وكذلك سقوط الحق فى ابطال العقد بمضى خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد [٢]، ووجوب رفع دعوي ابطال العقد أو انقاص الالتزامات للطرف المغبون خلال سنة من تاريخ العقد والا كانت غير مقبولة [٣]. وكذلك الحال مواعيد رغبة الشفيع للبائع والمشترى للأخذ بالشفعة والا سقط الحق فى الشفعة [٤]. ووجوب رفع دعوى رد المنقول المسروق من الحائز حسن النية خلال ثلاث سنوات [٥]ويرى البعض التفرقة بين

(١) راجع المادة ١٢٨ مدنى .
(٢) راجع المادة ١٤٠ مدنى .
(٣) راجع المادة ١٢٩ .
(٤) راجع المادة ٩٤٠ مدنى .
(٥) راجع المادة ١/٩٧٧ مدنى

التقادم بالمعني الدقيق وبين هذه المواعيد المختلفة ويسمونها مواعيد السقوط[١]. على أساس أن التقادم يؤدى الي سقوط حق لم يستعمل فى المدة القانونية . فالتقادم موضوعه حق ظاهر فى الجانب الايجابى للذمة المالية . أما السقوط يفقد الرخص التي يجيز القانون استعمالها في خلال مدة معينة . فليس الأمر هنا حق عينى أو التزام ينقضى بعدم الاستعمال (٢).

ويترتب على ذلك أن هناك أحكام خاصة بالتقادم لاتسرى على مواعيد السقوط منها أن مواعيد السقوط لايرد عليها الوقف والانقطاع ويجب على القاضى التعرض لأحكام السقوط من تلقاء نفسه لتعلقها بالنظام العام على خلاف أحكام التقادم . ولايجوز التنازل عنه ولو بعد ثبوت الحق فيه . ويذهب أستاذنا الدكتور / اسماعيل غانم (٢) الى أنه لا محل لهذه التفرقة . فميعاد السقوط ليس فى حقيقته الا تقادم يخضع لأحكام خاصة ، وليس هناك نظام موحد لمواعيد السقوط . بل كل مافى الأمر أنه فى بعض صور التقادم سواء كان هذا التقادم وارد على حق بالمعني الفني الدقيق أو على مجرد رخصة . فقد توجد اعتبارات خاصة تقتضى أن تصفي المراكز المعلقة فى وقت محدد . فلا تخضع مدة التقادم لأسباب الوقف أو الانقطاع . بل يكون انقضاء هذه المدة ذاته كافيا لاستكمال التقادم . وقد أيدت محكمة النقض المصرية هذا الاتجاه فى أحد أحكامها (٢).

---

(١) راجع د/ البدراوى أثر مضى المدة فى الالتزام رسالته ١٩٥٠ ص ٦٠ - ٦١ عرض للآراء المختلفة .

(٢) راجع د/ ساماعيل غانم المرجع السابق ص ٤٥٥.

(٣) راجع نقض مدنى ١٩٤٥/١٢/١٣ مجموعة عمر ج ٥ ص ١٣ رقم ٨ .

المطلب الثانى

مدة التقادم وكيفية حسابها

التنظيم التشريعى للمدة :

حدد المشرع للتقادم المسقط مددا مختلفة فوضع القاعدة العامة لانقضاء الالتزام بمعنى خمس عشرة سنة فيما عدا الحالات التي ورد نص خاص عنها فى القانون وحالات أخرى لمدد أقل . فالحالات الاستثنائية من القاعدة العامة والواردة فى القانون المدنى هى : سقوط الحق فى ابطال العقد بمضى ثلاث سنوات الوارد فى المادة ١٤٠ مدنى. وسقوط دعوي الاثراء بلا سبب ورد ما دفع دون وجه حق والفضالة بمضى ثلاث سنوات الواردة فى المواد " ١٨٠ - ١٨٧ - ١٩٦ مدنى " . ودعوى التعويض عن العمل غير المشروع الوارد ف يالمادة ١٧٢مدنى . وهذه هى القاعدة العامة فى التقادم الطويل وهى مضى خمس عشرة سنة. أما المدد الأخري وهي التقادم الخمسى - الثلاثى الحولى فهى تحتاج الى تفصيل وسوف نعرض لمدد التقادم القصير على النحو التالى:

أولا : التقادم الخمسى :

ورد النص على التقادم الخمسى فى المادتين ٣٧٥ ، ٣٧٦ من القانون المدنى . فالنص الأول خاص بالحقوق الدورية المتجددة . والنص الثانى حقوق بعض أصحاب المهن الحرة [١]. وسوف نعرض فيما يلى لهذا التنظيم التشريعى :

(١) أورد المشرع فى المادة ١٩٤ تجارى النص على تقادم الديون الناشئة عن الأوراق التجارية بخمس سنوات .

١ - الحقوق الدورية المتجددة

نصت المادة ٣٧٥ مدنى ؛ يتقادم بخمس سنوات كل حق دورى متجدد ولو أقر به المدين . كأجرة المباني والأراضى الزراعية ومقابل الحكر وكالفوائد والايرادات المترتبة والمهايا والأجور والمعاشات . ولايسقط الريع المستحق فى ذمة الحائز سئ النية - ولا الريع الواجب على ناظر الوقف أداؤه للمستحقين الا بانقضاء خمس عشرة سنة " .

يتضح من هذا النص أن المشرع وضع قاعدة للتقادم الخمسى وجعلها تنطبق على الحقوق الدورية المتجددة الا أن لم يحصر هذه الحقوق بل ذكر أمثلة لذلك . والذى يفصح عن ذلك هو استخدام المشرع فى صياغة نص العبارات التالية " كأجرة المباني والأراضى الزراعية .... الخ النص " وبالتالى لايمنع النص ادخال حقوق دورية أخري غير المنصوص عليها فى عجز النص . ولكن ما المقصود بالدورية والمتجددة . يقصد بالدورية أن الدين يستحق فى مواعيد متتالية مثل أقساط التأمين . ثمن استهلاك المياه أو الكهرباء أما المتجددة فيقصد بها أن ما يؤدى من الدين فى موعده لاينقضى من أصله . ويرجع أساس التقادم الخمسى فى هذه الحالة الى اعتبار منع تراكم الديون لأن نص المادة ١/٣٧٥ مدنى نص صراحة " ... ولو أقربه المدين " أى يصح التقادم حتى ولو اعترف المدين أنه لم يقم بالوفاء بالدين .

ثم جاءت الفقرة الثانية من المادة ٣٧٥ مدني واستبعدت من نطاق

التقادم الخمسى نوعان من الديون لكونهما من غير الديون الدورية المتجددة وهى :

أ - **الربع المستحق فى ذمة الحائز سئ النية :**

اذا حاز شخص سئ بنية تملكه رغم علمه الأكيد بأن ليس له حق التملك فانه يعتبر سئ النية فى الحيازة . ويعتبر مسئولا من وقت أن يصبح سئ النية عن جميع الثمار التي يقبضها والتي يقصر فى جنيها(١). سواء كانت ثمارا مادية مثل المزروعات أو ثمارا مدنية . وأساس التزام الحائز بالريع هو العمل غير المشروع وخصص المشرع له تقادم طويلا خمس عشرة سنة حتى لا يشجع الأشخاص فى الاستمرار فى ممارسة أعمال الغصب والعدوان على ملك الغير .

ب- **الريع الواجب على ناظر الوقف أداؤه للمستحقين :**

أخضع المشرع أيضا دين ناظر الوقف اتجاه المستحقين للتقادم الطويل . وقد قصد المشرع من ذلك مواجهة(٢) حالة ما اذا استهلك ناظر الوقف غلته بتعدية أو تقصيره فيكون مسئولا عن فعله قبل المستحق . فالغرض أن ناظر الوقف لايطالب بصفته ناظرا بدين متجدد يستحق على الوقف فى مواعيد دورية وانما هو مطالبته بصفة شخصية بالتعويض على أساس المسئولية التقصيرية :

---

(١) راجع نص المادة ٩٧٩ مدنى .

(٢) راجع الأعمال التحضيرية ج ٣ ص ٣٠٥ .

٢ - حقوق بعض أصحاب المهن الحرة :

نصت المادة ٣٧٦ مدني " تتقادم بخمس سنوات حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء ووكلاء التفليسة والسماسرة والأساتذة والمعلمين .على أن تكون هذه الحقوق واجبه لهم جزاء عما أدوه فى عمل من أعمال مهنتهم وما تكبدوه من مصروفات " .

يتضح من هذا النص على خلاف المادة ٣٧٥ مدنى سالف الأشارة اليه أن المشرع أورد على سبيل الحصر أصحاب المهن الحرة التى يجب خضوعها للتقادم الخمسى فلا يجوز القياس عليها أو ادخال حقوق أصحاب مهن حرة أخرى . فأصحاب المهن الحرة الأخرى مثل المحاسب - الفنان - الناشر تخضع حقوقهم للتقادم الطويل أى بمضى خمس عشرة سنة على استحقاق الدين . واشترط المشرع لاخضاع مستحقات هولاء للتقادم الخمس على أن تكون عن أجر عملهم وغما تكبدوه من مصروفات . فبالنسبة للطبيب فكل مستحقاته التى تخضع للتقادم الخمسى مصاريف الأقامة تحت اشراف الطبيب ومصاريف التحاليل التى يجريها المريض توصلا لدقة اكتشاف المرض وكذلك ثمن الادوية التى يتعاطها المريض أثناء اشراف الطبيب على علاجة . وكذلك الأجر بالنسبة للمحامى فتشمل الأموال الخاضعة للتقادم الخمسى أتعاب مباشرة الدعوى والمصاريف المسددة عن رفعها . ومصاريف استخراج الشهادات وصور الأحكام الذى قام بدفعها عن الموكل . وتبدأ مدة سريان هذا التقادم الخمسى من الوقت الذى يقوم فيه صاحب المهن الحرة

الخاضع لهذا التقادم بالعمل الذى يوديه حتى ولو استمر فى تقديم هذا العمل مرات متتابعة . وقد ذكر البعض[١] أنه اذا تكررت زيارة الطبيب للمريض عن مرض واحد عدة مرات يحسب الأجر عنها جملة واحدة . ويبدأ تقادمة فى السريان من آخر زيارة . وذلك مالم يكن العلاج على فترات منفصلة فيحسب أجر عن زيارات كل فترة من هذه الفترات . ويرجع أساس التقادم هنا إلى قرينة الوفاء . ذلك أن الوفاء بهذه الديون يقع عادة فى خلال وقت قصير . كما أن العادة لم تجر على تحديد مخالصات تثبت الوفاء بها . ومع ذلك استثنى المشرع فى المادة ٢/٣٧٩ مدنى هذه الحقوق من التقادم الخمس واخضاعها للتقادم الطويل أى مضى خمس عشرة سنة اذا حرر سند يثبت هذا الحق . فسوف يحرر مخالصات تثبت الوفاء به . فتحرير سند بأحد هذه الحقوق يقطع مدة التقادم . . ثم أنه يحول التقادم من تقادم خمسى إلى تقادم طويل.

ثالثا : التقادم الثلاثى :

نصت المادة ٣٧٧ مدنى " تتقادم بثلاث سنوات الضرائب والرسوم المستحقة للدولة ويبدأ سريان التقادم فى الضرائب والرسوم السنوية من نهاية السنة التى تستحق عنها الرسوم المستحقة عن الأوراق القضائية أو من تاريخ تحريرها اذا لم تحصل مرافعة . ويتقادم أيضاً بثلاث سنوات الحق فى المطالبة برد الضرائب والرسوم التى وقعت بغير حق . ويبدأ سريان التقادم من يوم دفعها . لا تخل الأحكام السابقة بأحكام

(١) راجع د/ البدراوى المرجع السابق ص٤٣٣ .

النصوص الواردة فى القوانين الخاصة . وقد أثير طعن بعدم دستورية حول هذا النص في الدعوي رقم ٢١٦ لسنة ١٩ق ، وسوف نعرضه كاملا كما يلي :

الدعوي الدستورية - مناط قبولها - توافر شرط المصلحة ومناطها أن يكون الفصل فى المسألة الدستورية لازما للفصل فى الطلبات المرتبطة بها والمطروحة على محكمة الموضوع .

وحيث إنه يشترط لقبول الدعوي الدستورية - وعلى ماجرى عليه قضاء هذه المحكمة - توافر المصلحة فيها . ومناطها أن يكون الفصل فى المسألة الدستورية لازما للفصل فى الطلبات المرتبطة بها والمطروحة على محكمة الموضوع . يستوى فى ذلك أن تكون الدعوي قد إتصلت بالمحكمة عن طريق الدفع أو عن طريق الإحالة ، والمحكمة الدستورية العليا هى وحدها التي تتحرى توافر شرط المصحة فى الدعوي الدستورية للتثبت من شرط قبولها . ومؤدى ذلك أن الاحالة من محكمة الموضوع الى المحكمة الدستورية العليا لا تفيد بذاتها توافر المصلحة . بما لازمة أن هذه الدعوي لاتكون مقبولة الا بقدر إنعكاس النصوص التشريعية المحالة على النزاع الموضوعى . فيكون الحكم فى المطاعن الدستورية لازما للفصل فى ذلك النزاع . وينبنى على ما تقدم ألا تقبل الخصومة الدستورية من غير الأشخاص الذين يمسسهم الضرر من جراء سريان النص المطعون فيه عليهم ، فاذا لم يكن هذا النص قد طبق أصلا على من أدعى مخالفته للدستور ، أو كان من غير المخاطبين بأحكامه

أو أن الإخلال بالحقوق التي يدعيها لايعود اليه ، دل ذلك على إنتفاء المصلحة الشخصية المباشرة ، ذلك أن إبطال النص التشريعي فى هذه المصلحة لن يحقق للمدعى أية فائدة عملية يمكن أن يتغير بها مركزه القانونى بعد الفصل فى الدعوى الدستورية عما كان عليه قبلها .

وحيث إن المادة ٣٧٧ من القانون المدنى تنص في فقرتها الأولى على أنه : " تتقادم بثلاث سنوات الضرائب والرسوم المستحقة للدولة "

وتنص الفقرة الثانية من ذات المادة على أنه : " ويتقادم بثلاث سنوات أيضا الحق في المطالبة برد الضرائب والرسوم التي دفعت بغير حق ويبدأ سريان التقادم من يوم دفعها " .

كما تنص فقرتها الثالثة على أنه : " ولا تخل الأحكام السابقة بأحكام النصوص الواردة فى القوانين الخاصة " .

وتنص الفقرة الأولي من المادة ٢٦ من قانون ضريبة الدمغة رقم ١١١ لسنة ١٩٨٠ على ما يلى : " يسقط حق الممول فى المطالبة برد المبالغ المسددة كضرائب بدون وجه حق بمضى خمس سنوات من يوم أدائها " .

وحيث إنه يبين مما تقدم ، أن القاعدة العامة فى القانون المدنى - وفقاً لنص الفقرة الثانية من المادة ٣٧٧ سالفة الذكر - تقضى بتقادم الحق فى المطالبة بالضرائب والرسوم التي سددت بغير وجه حق للدولة بمضى ثلاث سنوات ، ويستثنى من هذه القاعدة ما تضمنته قوانين

الضرائب والقوانين الخاصة الأخري من نصوص تقضى بغير ذلك . لما كان ماتقدم ، وكان الثابت فى الأوراق أن المبلغ المطلوب إسترداده قد أداه المدعي كضريبة دمغة نسبية ، وإذ كان نص المادة ٢٦ من قانون ضريبة الدمغة رقم ١١١ لسنة ١٩٨٠ - الذى يسرى فى هذه الحالة على الدعوي الموضوعية - يقضى بأن حق الممول فى إسترداد ما سدده من ضرائب بدون وجه حق يسقط بمضى خمس سنوات من تاريخ السدد ، فإن حساب مدة التقادم فى شأن إسترداد المبلغ المطالب به يجرى وفقا لنص المادة ٢٦ المشار إليه دون الفقرة الثانية من المادة ٣٧٧ من القانون المدني المطعون فيها والتي غدت منبته الصلة بالنزاع فى الدعوى الدستورية المتعلقة بهذا النص ، إذ أن قضاء هذه المحكمة فى شأن دستورية النص المطعون فيه لن يكون ذا أثر على الدعوى الموضوعية ، ولن يحقق للمدعى أية فائدة يمكن أن يتغير بها مركزه القانونى بعد الفصل فى الدعوى الدستورية عما كان عليه قبلها . مما يستتبع الحكم بعدم قبول الدعوي فى هذا الشق منها " .

ويتضح من هذا النص أن المشرع . وضع قاعدة عامة للتقادم الثلاثى واستثناء عليها ورد النص عليها فى القوانين الخاصة .

القاعدة العامة فى التقادم الثلاثى :

من خلال استقراء النص سالف الذكر يتضح أن هذه القاعدة ذو شقين : **الشق الأول :** يتناول تقادم حق الدوله فى المطالبه بالضرائب والرسوم بمضى ثلاث سنوات عدا مانصت عليه القوانين الخاصة والتى

نعرض لها تفصيلا فيما بعد : **والشق الثانى** : الحق فى استراد مادفع من ضرائب أو رسوم بدون وجه حق . وتبدأ هذه المدة من وقت الدفع سواء علم صاحب الحق بحقه فى الاسترداد أو لم يكن يعلم به .

استثناء على القاعدة العامة :

شمل النص المشار اليه سلفا فى الفقرة الأخيرة " ولا تخل الأحكام السابقة بأحكام النصوص الواردة فى القوانين الخاصة " . هذا وقد ورد النص فى قوانين الضرائب المتعاقبه ابتداء من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ وحتى القانون ٩١ لسنة ٢٠٠٥ فى شأن الضرائب على الدخل . النص على التقادم بمضى خمس سنوات أما بالنسبة لبعض أنواع الضرائب والرسوم مثل ضريبة ايراد القيم المنقولة - الأرباح التجارية والصناعية - كسب العمل والمهن غير التجارية . فقد جعل المشرع مدة التقادم سنتين فقط . ومما يجب التنويه اليه أن هذا الاستثناء خاص بالشق الأول من القاعدة العامة وهو حق الدولة فى المطالبه بالضرائب والرسوم . أما رد ما دفع دون وجه حق من هذه الضرائب فلا يزال خاضعا للتقادم الثلاثى .

وأساس التقادم الثلاثى لايقوم على إعتبار قرينه الوفاء - وانما يقوم على اعتبار عدم ارهاق المدين واثقال كاهله بتراكم الديون عليه . فيجوز التمسك به . ولو بدأ المدين بالمنازعة فى التزامه بها أو أقر أنه لم يقم بالوفاء بها (١).

---

(١) راجع نقض مدنى ١٩٥٩/١٢/٣ مجموعة النقض السنة ١٠ ص٧٢٢ .

ويثور التساؤل هل نص المشرع على تقادم ثلاثى غير ماذكر فى المادة ٣٣٧ مدنى ؟ للاجابة علي هذا التساؤل لابد لنا من استعراض نصوص التقنين المدنى الجديد فنجد أن المشرع أورد نصوصا كثيره تتناول فيها التقادم الثلاثى وهى : ماورد النص عليه فى المادة ٧٥٢ مدنى والخاص بسقوط الدعاوى الناشئه عن عقد التأمين بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حدوث الواقعة التى تولدت عنها هذه الدعاوى - والمادة ١٧٢ والخاص بتقادم الحق فى التعويض عن العمل غير المشروع . والمادة ١٨٠ مدنى والخاص بتقادم حق المفتقر فى دعوى الاثراء بلا سبب - والماده ١٨٧ والخاص بتقادم حق استرداد ما دفع دون وجه حق - والمادة ١٩٧ مدنى والخاص بالحقوق الناشئه عن الفضالة . وما سبق أن ذكرناه بخصوص المادة ١٤٠ مدنى سقوط الحق فى طلب ابطال العقد للغلط أو التدليس أو الاكراه .

ثالثا : التقادم الحولى :

نصت على ذلك المادة ٣٧٨ مدنى تتقادم بسنه واحدة الحقوق الآتيه : -

(أ) - حقوق التجار والصناع عن أشياء وردوها لأشخاص لايتجرون فى هذه الأشياء . وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الاقامة وثمن الطعام وكل ماوردوه لحساب عملائهم .

(ب) - حقوق العمال والخدم والاجراء من أجور يوميه وغير يوميه ومن ثمن ماقاموا به من توريدات ويجب على من يتمسك بأن الحق قد

تقـادم بسنه أن يحلف يمـينا على أنه أدى الدين فـعـلا . وهذه اليـمـين يوجهها القاضى من تلقاء نفسه . ويوجه إلى ورثة المدين أو أوصيائهم أن كانوا قصرا بأنهم لايعلمون بوجود الدين أو يعلمون بحصول الوفاء ".

يتضح من النص أن المشرع تناول طائفتين من الحقوق فى عجز النص السابق . الطائفة الأولى خاصة بحقوق التجار والصناع وأصحاب الفنادق والمطاعم . والطائفه الثانية : - حقوق العمال والخدم والاجراء .

١ - حقوق التجار والصناع وأصحاب الفنادق والمطاعم :

أخضع المشرع حقـوق هؤلاء فى حدود مـايتم توريده للعـملاء من أشياء للاستعمال الشخصى أو قابلة للاستهلاك أمام مايستحقه هؤلاء لما وردوه إلى تجار أخرين فلا يخضع للتقادم الحولى (١).

٢ - حقوق العمال والخدم والاجراء :

يقصد بالعمـال هنا عمال المصانع والمتـاجر والمزارع . ويقصد بالخدم والاجراء . خدم المنازل والفنادق والمطاعم . ويدخل فى الأجراء صغار الصناع مثل صبى الميكانيكى والنجار والسباك . وقد أخضع المشرع مايستحقونه هؤلاء من أجور عند أرباب العمل . وعما قاموا به من توريدات لمخدوميهم .

وأساس التقادم الحولى يرجع إلى اعتبار قرينه الوفاء . اذ المألوف

---

(١) راجع د/ البدراوى المرجع السابق ص٤٣٦ .

فى التعامل أن يتقاضى أصحاب هذه الحقوق حقوقهم فور استحقاقها ودون انتظار [١].

وقد أوجب المشرع على المتمسك بهذا التقادم أن يحلف يمينا بأنه أدى هذا الدين بناء على طلب القاضى نفسه أى يوجه القاضى يمينا للمدين [٢] فإذا نكل المدين عن الحلف حكم عليه بالدين ولايتقادم الدين الا بالتقادم الطويل . واذا توفى المدين . فيكفى أن يحلف الورثه أن كانوا بالغين أو الوصى عليهم ان كانوا قصرا بعدم علمهم بهذا الدين أو حصول الوفاء به . وتعتبر هذه اليمين التى يوجهها القاضى للاستيثاق من الوفاء بالدين تكمله لقرينه الوفاء التى يقوم عليها التقادم الحولى .

كيفية حساب مدة التقادم :

نصت المادة ٣٨٠ مدنى على أنه " تحسب مدة التقادم بالأيام لا بالساعات ولايحسب اليوم الأول وتكمل المدة بانقضاء آخر يوم منها".

يتضح من سياق هذا النص أن حساب المدة يكون بالأيام وليس بالساعات . فلا تحسب كسور الأيام . الأمر الذى يؤدى بالضرورة إلى عدم حساب اليوم الأول عند ابتداء مدة التقادم . ويتم التقادم بانقضاء

(١) راجع د/ اسماعيل غانم التوفيق بين المادة ٣٧٥ مدنى والخاصه بتقادم الأجور بخمس سنوات (حقوق دورية متجدذه) . والمادة ١/٣٧٨ والخاص بسقوط أجور العمال بالتقادم الحولى عقد العمل ١٩٦١ ص٢٣٣ ، وعلقنا على ذلك فى قانون العمل الجديد رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ .

(٢) راجع مؤلفنا موجز أصول الاثبات فى المواد المدنية عام ١٩٩٣ ص٢٢٢ .

اليـوم الأخيـر . ويدخل فى حساب المدة الأجازات الرسـمية والعطلات وأيام الأعياد التى تتخلل هذه المده [١]. واذا صادف آخر يوم لاكتمال مدة التقادم عطله رسميه أو أجازة يقف سريان التقادم إلى أول يوم عمل. ولنضرب مثالا يوضح ذلك . لو أن مدة التقادم تكتمل فى أول يوم أجازة لعيد الفطر أو عيد الأضحى . فأن مدة التقادم تنقطع حتى الأجازه ويكون أول يوم عمل هو آخر ميعاد يكتمل معه مدة التقادم ويحسب التقادم بالتقويم الميلادى وتضم مدة السلف إلى الخلف لاكتمال مدة التقادم فى حالة انتقال الحق إلى الخلف سواء كان خلف عام أم خلف خاص[٢] ولايجوز الاتفاق على اطالة أو انقاص مدة التقادم [٣].

مبدأ سريان مدة التقادم :

القاعدة الا يسرى التقادم الا من اليوم الذى يصبح فيه الدين مستحق الاداء [٤] اذمن هذا اليوم فقط يمكن القول أن الدائن قد سكت عن المطالبه وذلك فيما عدا حالات خاصة ورد النص عليها . ومن ثم اذا كان الدين معلقا على شرط واقف أو مضافا إلى أجل فلا يبدأ سريان التقادم الا من وقت تحقق الشرط أو انتهاء الأجل . واذا كان تحديد

(١) راجع الأعمال التحضيرية جـ ٣ ص٣٢٥ .

(٢) راجع د/ البدراوى المرجع السابق ص٤٣٩ .

(٣) راجع نص المادة ١/٣٨٨ مدنى .

(٤) راجع د/ اسماعيل غانم المرجع السابق ص ٤٤٢.

ميعاد الوفاء متوقفا على ارادة الدائن كما هو الحال فيما لو اتفق على أن يرد المقترض وقت الطلب . فإن التقادم يسرى من الوقت الذى يتمكن فيه الدائن من اعلان ارادته [١]. هذا ويلاحظ أنه بالنسبة لحقوق أصحاب المهن الحرة وأجور الخدم وحقوق الصناع والتجار على النحو الذى سلف بيانه . فالقاعدة أنه اذا كتمل للدائن حق قائم بذاته فإن احتساب مدة سقوطه يبدأ من وقت استحقاقه مستقلا عما قد ينشأ له من حقوق أخرى . أما الحالات الخاصة التى ورد النص عليها استثناء من ذلك فقد جاءت متفرقة فنذكر البعض منها فى هذا المقام . فالتقادم الثلاثى المنصوص عليه فى المادة ١٤٠ مدنى والخاص بتقادم دعوى الابطال للغلط أو التدليس أو انقطاع حالة الاكراه . وكذلك التقادم الوارد فى المادة ١٧٢ مدنى والخاص بتقادم دعوى التعويض عن العمل غير المشروع فهذا التقادم لايسرى الا من اليوم الذى يعلم فيه الدائن بالمسئول عن التعويض [٢] .

---

(١) راجع نص المادة ٢/٣٨١ مدنى .
(٢) أنظر للمؤلف مصادر الالتزام ٢٠٠٢ ص ٢٢٨ .

المطلب الثانى

عوارض المدة

الوقف والانقطـــاع

تمهيد :-

يقصد بعوارض المدة . أى مايعترض حساب المدة وبداية واكتمال مدة التقادم . فقد يكون هناك مانع لدى الدائن قهرى يمنعه من المطالبه بحقه فليس من العدل احتساب مدة التقادم رغم وجود هذا المانع . وهذه الموانع عالجها المشرع فى التنظيم التشريعى الوارد فى المادتين ٣٨٢ ، ٣٨٣ من القانون المدنى تحت مايسمى بوقف التقادم وانقطاعه . وسوف نتولى تباعا الحديث عن الوقف ثم الانقطاع فى فرعين متتاليين :

الفرع الأول

الوقـــــــف

النص التشريعى :

نصت المادة ٣٨٢ مدنى على أنه " لايسرى التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبيا . وكذلك لايسرى التقادم فيما بين الأصيل والنائب . ويسرى التقادم الذى تزيد مدته على خمس سنوات فى حق من لاتترافر له الأهلية أو فى حق النائب

أو فى حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية ولم يكن له نائب يمثله قانونا".

قبل الحديث عن تفصيلات النص نود أن نشير الى أنه يقصد بوقف التقادم عدم حساب مدة معينة لسبب معين طالما كان السبب قائما [1]، فاذا زال هذا السبب عادت المدة الى السريان . أى أن الفترة التي يقف فيها التقادم لا تحتسب كمدة تقادم .

وقد عالج المشرع في النص وقف التقادم كسبب عام أيا كانت مدة التقادم الطويل أو الخمسى أو الثلاثى أو الحولى . وكسبب خاص بالتقادم الذى تزيد مدته على خمس سنوات .

١ - الوقف الذي يسرى على أى مدة تقادم : "الوقف كسبب عام"

يتضح من المادة ١/٣٨٢ مدنى أن التقادم لايسرى كلما كان هناك مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب مدينه بالدين . وهذا المانع قد يكون ماديا . مثل حدوث فيضان أدى إلى انقطاع المواصلات أو قيام مرض معدي أدى الى حظر الانتقال والتجول أو قيام حرب . فاستحال على الدائن أن يطالب مدينه قضائيا بذلك . وقد يكون المانع أدبيا مثل علاقة الزوجية - البنوه - العمل علاقة الخدم - وقد عني المشرع بالنص فى هذه الفقرة بصفة خاصة على أن التقادم لايسرى فيما بين الأصيل والنائب طالما كانت النيابة قائمة سواء كانت هذه النيابة اتفاقية أو قضائية .

---

(١) راجع د/ اسماعيل غانم المرجع السابق ص ٤٤٤.

٢ - الوقف المنطبق على التقادم الذى تزيد مدته على خمس سنوات : " الوقف كسبب خاص "

خصص المشرع الفقرة الثانية من المادة ٢/٣٨٢ مدني للتقادم الذى تزيد مدته على خمس سنوات أى التقادم العادى خمس عشرة سنة . فأوقف التقادم اذا كان الدائن غير كامل الأهلية أو غائبا أو محكوم عليه بعقوبة جنائية ولم يكن له من يمثله قانونا . وأساس ذلك يرجع الى أن الدائن ليس له من الاداراك الكامل أو من الوسائل المادية ما يمكنه من المطالبة بحقوقه .

أثر وقف التقادم :

يترتب على التقادم عدم احتساب المدة التي وقف سريان التقادم فى خلالها ضمن المدة اللازمة للتقادم . وتحسب المدة السابقة والمدة التالية . فلو سرى التقادم لمدة عشر سنوات مثلا ثم توفى الدائن وورثه قاصر لم يعين له وهى مدة السنتين لاتحسب لأن التقادم كان موقوفا . ويعبر الفقه عن ذلك[١] بأن مدة التقادم تمتد بقدر المدة التي وقف فيها سريانه إذ أن مدة الوقف لا تدخل فى حسابها . ولا اعتبار للوقف الذى يقع فيه سبب الوقف . فيستوى أن يكون هذا الوقف في أول المدة أو وسطها وآخرها .

---

(١) راجع د/ البدراوى المرجع السابق ص ٤٥٥.

الفرع الثانى

الانقطاع

النص التشريعى :

عالج المشسرع الانقطاع فى المواد من ٣٨٣ حتى ٣٨٥ مدني . فخص المادة ٣٨٣ مدنى بالانقطاع لسبب من جانب الدائن ، والمادة ٣٨٤ مدنى بالانقطاع لسبب من جانب المدين . ثم خصص المادة ٣٨٥ مدنى للأثر الذى يترتب على الانقطاع . وقبل استعراض أسباب الانقطاع وأثره . ماذا يقصد بالانقطاع ؟ الانقطاع هو الغاء مدة التقادم السارية نتيجة لاجراء يتخذه الدائن أو اقرار يصدر من المدين .

أولا : انقطاع التقادم بسبب يرجع الى الدائن

نصت على ذلك المادة ٣٨٣ مدنى على أنه " ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوي الى محكمة غير مختصة وبالتنبيه . وبالحجز . وبالطلب الذى يتقدم به الدائن لقبول حقه فى التفليسة أو فى توزيع وبأى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير فى احدى الدعاوى " .

يتضح من هذا النص سالف الذكر أن المشرع أورد حالات ثلاثة ينقطع فيها التقادم لقيام الدائن بعمل ايجابى من جانب رغبة منه فى انقضاء الحق وسوف نعرض لها فيما يلى :

١ - المطالبةالقضائية:

يقصد بالمطالبة القضائية رقع دعوى مبتداه بالحق على المدين أو التدخل فى احدى الدعاوي المقامة ضد المدين للمطالبة بحقه قبله . ولايغنى عن رفع الدعوي الانذار للمطالبة بالحق أو حتي رفع دعوي بالحق أمام قاضى الأمور المستعجلة . لأن القضاء المستعجل لايمس أصل الحق وإنما يقتصر على توفير الحماية الوقتية باجراءات مستعجلة . ولايكفى أن يرفع الدائن الدعوي غير المباشرة على مدين المدين لأنه لايختص بشئ له . أو دعوي الصورية أو البوليصية . فكل هذه الدعاوى لايطالب الدائن بحقه ذاته [١].

ويترتب هذا الأثر " انقطاع التقادم " حتي ولو رفعت الدعوي الى محكمة غير مختصة ولائيا أو نوعيا أو قيميا أو محليا . لأن مسائل الاختصاص تثير كثيرا من المشاكل الدقيقة التي تختلف فيها وجهات النظر . ولا يترتب هذا الأثر فى حالة بطلان صحيفة الدعوى .

ويعتبر انقضاء التقادم كأن لم يكن اذا حكم برفض الدعوي . وتظهر أهمية هذه القاعدة اذا لم يكن للحكم الصادر برفض الدعوي حجية الأمر المقضى . ومثل ذلك أن يحكم برفض الدعوي بحالتها . فاذا أقام الدائن بعد ذلك دعوي ثانية فلا تدفع هذه الدعوي بحجية الأمر المقضى . ولكنها تدفع بالتقادم اذا كانت مدته قد اكتملت . ولايستطيع الدائن أن يتمسك بانقطاع التقادم برفع الدعوي الأولى .

---

(١) راجع د/ اسماعيل غانم ، المرجع السابق ص ٤٤٩.

٢ - التنبيه والحجز :

خص المشرع المادة ٣٨٣ مدني بهذه الوسيلة . فجعل التنبيه الذى يسبق الحجز قاطعا للتقادم ويترتب على هذا الأثر على التنبيه فى ذاته حتى ولو لم يعقبه حجز . هذا ويعتبر تسجيل التنبيه حجزا على العقار في حالة التنفيذ على العقار [١]. واذا لم يتم تسجيل التنبيه فى الميعاد يعتبر كأن لم يكن . واذا شطب التسجيل زال أثر التنبيه كذلك . ولكن اذا أعيد تسجيله فى خلال الميعاد يترتب عليه انقطاع التقادم . وينقطع التقادم كذلك بالحجز سواء كان حجزا تنفيذيا أو تحفظيا .

٣ طلب الدائن لقبول حقه فى التخلية أو التوزيع :

جعل المشرع من الطلب المذكور سببا لانقطاع التقادم . وذلك بتسليم سند دينه الى المحكمة مع بيان مايطلبه نص المادة ٢٨٨ تجارى . كما ينقطع أيضا التقادم بتقديم الدائن بحقه للاشتراك فى توزيع مانتج عن التنفيذ على مال للمدين . ويقصد بالتوزيع معناه العام سواء كان تقسيما بين الدائنين بالمقاصة أى على أساس قسمة غرماء أو حسب درجة الدائنين يقدم الممتاز على الدائن العادى .

ثانيا : الانقطاع بسبب يرجع الى المدين :

نصت على ذلك المادة ٣٨٤ مدني على أنه " ينقطع التقادم اذا أقر المدين بحق الدائن اقرارا صريحا أو ضمنيا . ويعتبر اقرار ضمنيا

---

(١) راجع نص المادة ٦١٥ مدنى .

أن يترك المدين تحت يد الدائن مالا له مرهونا رهنا حيازيا تأمينا لوفاء الدين " .

أشار المشرع فى هذا النص الى الاقرار الصادر من المدين بحق الدائن الذى يعتبر بمثابة تنازل عن التمسك بالمدة الماضية . والاقرار كما هو معلوم تصرف صادر من جانب واحد [١]، يلزم المقر بما ورد فيه . ولايشترط فى الاقرار شكل خاص فيستوى أن يكون سنويا أو مكتوبا. ولا أن يكون اقرارا صادر من مجلس القضاء أو خارجه . وسوى المشرع بين الاقرار الصريح والضمنى . واعتبر المشرع ترك المدين تحت يد الدائن مالا له مرهونا حيازيا تأمينا للوفاء للدين . وذلك لأن اعتراف المدين بوجود عين مملوكه له تحت يد الدائن يؤكد استمرار وجود الدين[٢]. أما اذا وجد رهن رسمى أو حق امتياز فلا يعد اقرارا باستمرار الدين فى ذمة المدين . ولايعتبر أيضا قيد الرهن اقرار من المدين . لأن الدائن هو الذى يقوم بالقيد .

أثر الانقطاع :

نصت على ذلك المادة ٣٨٥ مدنى على أنه " اذا انقطع التقادم بدأ تقادم جديد يسرى من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع . وتكون مدته هى مدة التقادم الأول . على أنه اذا حكم بالدين وحاز الحكم قوة الأمر المقضى أو اذا كان الدين مما يتقادم بسنة واحدة

(١) راجع مؤلفنا الموجز فى أصول الاثبات فى المواد المدنية عام ١٩٩٣ ص ٢١٨ .

(٢) راجع د. البدراوى المرجع السابق ص ٤٤٧.

وانقطع تقادمه باقرار المدين كانت مدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة. الا أن يكون الدين المحكوم به متضمنا لالتزامات دورية متجددة لا تستحق الاداء الا بعد صدور الحكم " .

يتضح من هذا النص أن انقطاع التقادم يترتب عليه الغاء المدة السابقة . فيبدأ حساب المدة من جديد من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع . فأثر الانقطاع اذن هو الغاء المدة السابقة ويبدأ احتساب تقادم جديد من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع . والأصل أن يكون هذا التقادم الجديد مماثلا من حيث طبيعته ومدته للتقادم الأول الذى انقطع . فاذا كان الحق مما يسقط بخمس سنوات وانقطع التقادم أثناء سريانه . فان الحق يسقط بمضى خمس سنوات تحتسب من جديد . وقد أورد المشرع على هذه القاعدة الأصلية استثنائين هما :

١ - اذا كان الحق مما يخضع للتقادم الحولى وانقطع التقادم كانت مدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة .

٢ - اذا كانت مدة التقادم الأصلى أقل من خمس عشرة سنة وانقطاع التقادم بالمطالبة القضائية . ثم حكم للدائن بحقه وحاز الحكم قوة الأمر المقضى أى أصبح نهائيا . فان حق الدائن لايسقط بعد ذلك الا بمضى خمس عشرة سنة . غير أنه اذا كان الدين المحكوم به متضمنا لالتزامات دورية متجددة لاتستحق الأداء الا بعد صدور الحكم . فان مدة التقادم بالنسبة لها تظل خمس سنوات من يوم استحقاقها [١].

(١) راجع د/ اسماعيل غانم المرجع السابق ص ٤٥٠.

المطلب الرابع

كيفية التمسك بالتقادم وآثاره

تمهيد

لما كان مضى مدة معينة على عدم المطالبة للدائن بحقه قبل المدين يسقط حق الدائن فى المطالبة أى يمتنع عليه المطالبة القضائية بذلك أمام جهات القضاء المختصة بذلك ومن هنا تثور مشكلة هامة وهي كيف يمكن التمسك بالتقادم . أى من له حق التمسك به . وهل من الضرورى التمسك بالتقادم حتى يمكن اعمال أثره . وماهو الأثر المترتب على التمسك به . كل هذه تساؤلات ينبغى الاجابة عليها . وسوف نفرد لها فرعين متتاليين : الفرع الأول : يتناول من له حق التمسك بالتقادم ووجوب التمسك به . والفرع الثانى : يتناول أثر التقادم .

الفرع الأول

كيفية التمسك بالتقادم

١ - من له حق التمسك به :

أوضح نص المادة ١/٣٨٧ من الذى يكون له حق التمسك بالتقادم بنصها " ... يكون ذلك بناء على طلب المدين أو بناء على طلب دائنيه أو أى شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك بالتقادم " . ومن ثم اعمالا لهذه النص للمدين التمسك بالتقادم لدفع مطالبة الدائن بالحق . واذا تعدد المدينون المتضامنون وكانت مدة التقادم قد استكملت بالنسبة

لأحدهم . فللمدينين الآخرين بالتمسك بالتقادم بقدر حصة ذلك المدين فقط . واذا كان المدين معسرا يجوز لدائينه التمسك بالتقادم وذلك عن طريق استعمال الدعوى غير المباشرة [١]. وقد أباح النص لكل ذي مصلحة التمسك بالتقادم باسمه شخصيا . وبناء على ذلك يجوز للكفيل اذا ما طالبه الدائنين بالوفاء الدفع بانقضاء دين المدين بالتقادم . وتبدو مصلحة الكفيل جلية فى أن التزامه التزام تبعى ينقضى بانقضاء الالتزام الأصلى . وبالمثل حائز العقار المرهون ومصلحته فى ذلك منع الدائن المرتهن من التنفيذ على العقار . ولكن يثور التساؤل كيف يمكن التمسك بالتقادم ؟ يتشابه التقادم مع المقاصة بأنه يمكن التمسك به عن طريق الدفع بالتقادم عند مطالبة الدائن بالحق . والدفع بالتقادم من الدفوع الموضوعية يجوز ابداؤه فى أية حالة كانت عليها الدعوي حتى ولو أمام المحكمة الاستئنافية [٢]وبالتالى لايسقط ابداؤه بمجرد التحدث فى الموضوع على النحو المقرر فى الدفوع الشكلية . وكل ما يشترط ألا يكون صاحب المصلحة فيه قد نزل عن التمسك به صراحة أو ضمنا.

٢ - وجوب التمسك بالتقادم :

لقد ورد نص المادة ١/٣٨٧ مدنى " لايجوز للمحكمة أن تقضى

---

(١) يرى بعض الفقه أن هذا الحق مما يتصل بشخص المدين ويتخلف معه شرط استعمال الدعوي غير المباشرة ولكن ايذاء صراحة النص لا مورد للاجتهاد . راجع د/ اسماعيل غانم ، المرجع السابق ص ٤٥٢.

(٢) لايجوز التمسك بالتقادم أمام محكمة النقض لأن هذا الدفع موضوعى يخالطه واقع ومهمة محكمة النقض تصحيح القانون " .

من تلقاء نفسها بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو بناء على طلب .... الخ النص " .

يتضح من سياق هذا النص أن الالتزام لاينقضى بمجرد استكمال مدة التقادم . بل يجب التمسك به من ذوى الشأن . فلا يجوز للمحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها . ويعبر الفقه عن ذلك بأن التقادم ليس سببا لانقضاء الالتزام وانما هو وسيلة لاسقاطه [(١)]، ذلك أن التقادم قد يترتب عليه سقوط الالتزام رغم أن الدائن لم يستوف حقه . ولذلك وجب أن يترك الأمر الى ضمير ذوى الشأن . ولايغنى التمسك بنوع من التقادم عن التمسك بنوع آخر . فاذا تمسك المدين بنوع من التقادم ولم تكن شروطه متوافرة . فلا يجوز للمحكمة أن تقضى بسقوط حق الدائن على أساس توافر شروط نوع آخر من التقادم طالما المدين يتمسك به[(٢)].

الفرع الثانى

أثر التقادم

النص التشريعى :

نصت المادة ٣٨٦ مدنى " يترتب على التقادم انقضاء الالتزام ومع ذلك يتخلف فى ذمة المدين التزام طبيعى . واذا سقط الحق بالتقادم سقطت معه الفوائد وغيرها من الملحقات ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بهذه الملحقات " .

---

(١) راجع د/ اسماعيل غانم المرجع السابق ص ٤٥٥.
(٢) راجع نقض مدنى ١٩٦٢/٥/٢٤ مجموعة النقض السنة ١٣ ص ٧٠٦.

يتضح من هذا النص أنه اذا تمسك بالتقادم صاحب المصلحة فيه على النحو الذى سبق بيانه فيترتب على ذلك انقضاء الالتزام . ويعتبر الالتزام قد انقضى من وقت بدأ سريان التقادم لا من وقت استكمال مدته ويعبر عن ذلك أن للتقادم أثرا رجعيا [١]. وقد أورد المشرع تطبيقا لذلك فى الفقرة الثانية من المادة ٣٨٦ مدنى سالفة الذكر " اذا سقط الحق بالتقادم سقطت معه الفوائد وغيرها من الملحقات ولو لم تكتمل المدة الخاصة بهذه الملحقات " . فهذا النص يقوم على أساس الأثر الرجعى للتقادم . ولكن سقوط الدين بأثر رجعى لايعني أن للمدين أن يسترد ماتم الوفاء به فعلا من الفوائد الخاصة بهذا الدين . ويترتب على انقضاء الالتزام بالتقادم أن يتخلف عنه فى ذمة المدين التزام طبيعى . أى أن أثر الالتزام يقتصر فى الواقع على رابطة المسئولية . أما المديونية فتظل قائمة . ويعبر البعض عن ذلك [٢]، أن التقادم يسقط دعوي الدائن . فيبقى حقه بعد التمسك بالتقادم مجردا عن الحماية القانونية المتمثلة فى الدعوي القضائية . أى أن التقادم يسقط الدعوي دون الحق . وهذا هو التحليل السليم الذي يتفق مع ما ورد فى النص المشار اليه سلفا " ... ومع ذلك يتخلف فى ذمة المدين التزام طبيعى".

تم بحمد الله وتوفيقه

أ. د/ سعيد عبدالسلام

فى ٢٠٠٥/٩/١

---

(١) راجع د/ اسماعيل غانم المرجع السابق ص ٤٥٦ .

(٢) راجع د/ البدراوي المرجع السابق ص ٤٥٨ .